ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

или

ФИЛОСОФІЯ ПРАВА

ФРИДРИХА АДОЛЬФА ШИЛЛИНГА.

—

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО, ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. КАПУСТИНА.

—

Изданіе К. Солдатенкова и Н. Щепкина.

МОСКВА.

ВЪ ТИПОГРАФІИ В. ГРАЧЕВА И КОМП.

1862.

ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

или

ФИЛОСОФІЯ ПРАВА

ФРИДРИХА АДОЛЬФА ШИЛЛИНГА.

—

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО, ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. КАПУСТИНА.

—

[Часть 1]

Изданіе К. Солдатенкова и Н. Щепкина.

МОСКВА.

ВЪ ТИПОГРАФІИ В. ГРАЧЕВА И КОМП.

1862.



ПЕЧАТАТЬ ПОЗВОЛЯЕТСЯ

съ тѣмъ, чтобы по отпечатаніи представлено было въ Цензурный Комитетъ узаконенное число экземпляровъ. Москва, 21 марта 1862 года.

Цензоръ *Н. Гиляровъ-Платоновъ.*

ОТЪ ПЕРЕВОДЧИКОВЪ.

За исключеніемъ Энциклопедіи Законовѣдѣнія Неволина и Юридической Пропедевтики Штекгардта, на русскомъ языкѣ нѣтъ ни одного сочиненія, которое касалось бы общихъ началъ права и могло служить пособіемъ для всѣхъ, кто приступаетъ къ изученію юридическихъ наукъ. Но указанныя два сочиненія вышли въ свѣтъ уже давно, и съ тѣхъ поръ появилось нѣсколько трудовъ по тому же предмету въ Германіи и Франціи. Таковы энциклопедіи Аренса, Вальтера, Варнкёнига, Блуме, Шиллинга, Эшбаха. Познакомившись съ нѣкоторыми изъ нихъ по указаніямъ профессора М. Н. Капустина, мы остановились на энциклопедіи Шиллинга и рѣшились перевести ее на русскій языкъ. Профессоръ не только одобрилъ нашъ выборъ, но и взялъ на себя трудъ провѣрить нашъ переводъ.

Хотя Шиллингъ, по своимъ философскимъ воззрѣніямъ, причисляется къ школѣ Гербарта, однако въ своемъ Естественномъ правѣ онъ не проводитъ какой либо исключительной теоріи. Изложеніе его отличается ясностью, а въ примѣчаніяхъ читатель найдетъ указаніе на различныя мнѣнія писателей и знакомится съ обширною литературою науки. Мы думаемъ, что сочи-

ненie съ такими достоинствами и съ такимъ характеромъ изложенiя лучше всего, въ настоящее время, удовлетворяетъ потребностямъ нашей юридической литературы.

При переводѣ мы встрѣтили много трудностей, и не намъ судить, на сколько мы преодолѣли ихъ. Заботясь преимущественно о точной передачѣ подлинника, мы принуждены были часто жертвовать ей внѣшнею отдѣлкою; въ сочиненiи философскаго содержанiя, читатель, конечно, ищетъ главнымъ образомъ мысли автора, а на ясное выраженie ея мы обратили все наше вниманie. Сверхъ того, при неустановившейся русской юридической терминологiи, мы не рѣшались вводить новые термины и въ сомнительныхъ случаяхъ прибавляли вездѣ выраженiя подлинника.

Издаваемый теперь первый выпускъ представляетъ собою нѣчто цѣлое: въ немъ заключается введенie и общая часть философiи права. Философiя гражданскаго права составитъ второй выпускъ и будетъ издана нами въ непродолжительномъ времени. Что касается до философiи государственнаго и международнаго права, то эти части сочиненiя еще не появились въ подлинникѣ; но тотчасъ по выходѣ ихъ въ свѣтъ, мы не замедлимъ передачею ихъ на русскiй языкъ.

Студенты Московскаго Университета: А. Вульфертъ.
К. А. Трубецкой.

ВВЕДЕНIЕ.

ОБЪ ОСНОВНЫХЪ ПОНЯТIЯХЪ ЕСТЕСТВЕННАГО ПРАВА, О СУЩЕСТВѢ ЭТОЙ НАУКИ И ОБЪ ОТНОШЕНIЯХЪ ЕЯ КЪ ДРУГИМЪ НАУКАМЪ, ТАКЖЕ ОБЪ ЕЯ ЗНАЧЕНIИ И ЕЯ ПОЛЬЗѢ.

§ 1.

Право и справедливость.

Человѣку, вмѣстѣ съ другими духовными способностями и силами, принадлежитъ свобода воли, т. е. внутренняя способность, самому опредѣлять себѣ дѣйствiя и стремленiя сознательно и по собственному выбору; только при участiи свободной воли, можетъ онъ вообще достигнуть своего нравственнаго назначенiя и своихъ жизненныхъ цѣлей, и найти для себя удовлетворенie [a]). Но человѣкъ имѣетъ также и тѣлесную

§ 1. a) Человѣческая свобода воли въ означенномъ смыслѣ, хотя по видимому и противорѣчитъ единству и необходимости всего мiроваго строя, равно какъ и непрерывной связи причинъ и слѣдствiй, выражаемой въ законѣ виносовности, однако эта свобода есть неоспоримый фактъ человѣческаго сознанiя и необходимое условie, или предположенie, какъ всѣхъ нравственныхъ законовъ для людей, такъ и нашей способности отвѣчать за наши дѣйствiя, и вообще нашего нравственнаго значенiя. Отъ свободы воли вообще, въ смыслѣ произвола, должно отличать свободу воли въ высшемъ смыслѣ, или нравственную свободу, т. е. такое свойство воли, по которому, въ постоянномъ согласiи съ самимъ собою и своимъ нравственнымъ назначенiемъ, человѣкъ желаетъ только добра,

природу, во имя которой ему назначенъ видимый міръ, какъ область его дѣятельности во время земной жизни. Поэтому для употребленія и осуществленія свободной воли въ дѣйствіи человѣку необходимо свободное приложеніе ея въ области видимаго міра, или: ему необходима внѣшняя свобода, ради раскрытія внутренней [b]). Ибо, хотя мысли, намѣренія и рѣшенія не зависятъ отъ внѣшней свободы, однако она необходима, когда эти результаты внутренней свободы должны проявиться и осуществиться, какъ таковые, т. е. когда они должны перейти въ свободные внѣшніе поступки и дѣйствія. Далѣе не только во имя взаимнаго восполненія людей, но и вообще для достиженія человѣческихъ цѣлей, согласно съ Божественнымъ устройствомъ вселенной, необходимо сообщежитіе между людьми и благоустроенное общественное состояніе. Но внѣшнее употребленіе свободы, необходимое всѣмъ людямъ для достиженія ихъ цѣлей, было бы невозможно вообще, и благоустроенное общежитіе людей не могло бы существовать, еслибъ каждый отдѣльно имѣлъ власть и желаніе прилагать свою внѣшнюю свободу съ неограниченнымъ произволомъ. Поэтому каждый человѣкъ долженъ такъ опредѣлить внѣшнее приложеніе свободы и въ такой мѣрѣ ограничить его, чтобъ при этомъ всѣ другіе люди могли дѣйствовать и достигать своихъ жизненныхъ цѣлей въ видимомъ мірѣ, какъ существа съ свободною волей, и чтобъ порядокъ общественнаго быта наблюдался и сохранялся между ними. Въ этомъ заключается основаніе и конечная цѣль всякаго

стремится къ нему и достигаетъ его. Очень вѣрныя замѣчанія о свободѣ воли находятся въ Philosophie des Rechts Штала, II томъ, 1 отдѣленіе, § 39—42. стр. 114—135 (3-е изданіе.) Различныя сочиненія о человѣческой свободѣ воли приводитъ Варнкёнигъ въ своей Rechtsphilosophie. стр. 295. 21. въ прил.

b) Противуположнаго мнѣнія держится Шталь въ вышеприведенномъ сочиненіи, I томъ. стр. 127. (2-ое изданіе).

права въ научномъ смыслѣ; ибо оно именно опредѣляетъ размѣръ внѣшней свободы людей въ ихъ взаимныхъ соприкосновеніяхъ, ихъ внѣшнія отношенія другъ къ другу и устройство ихъ общежитія [c]).

§ 2.

Слово право принимается въ двухъ значеніяхъ, для которыхъ принято употреблять выраженія: объективное и субъективное [a]). Право въ объективномъ смыслѣ составляетъ именно тѣ правила, посредствомъ которыхъ опредѣляются границы внѣшней свободы людей въ ихъ взаимныхъ столкновеніяхъ, ихъ внѣшнія отношенія другъ къ другу и устройство ихъ общежитія: это выраженіе, объективное право, прилагается и къ каждому отдѣльному юридическому опредѣленію, и къ совокупности ихъ [b]). Право же въ субъективномъ смыслѣ есть способность воли относительно внѣшнихъ дѣйствій и отношеній къ другимъ, соотвѣтствующая правиламъ такого рода. Каждое право въ субъективномъ смыслѣ предполагаетъ, слѣдовательно, норму, или опредѣленіе права, въ которомъ оно находитъ свое доказательство и свое признаніе, ибо въ противномъ случаѣ оно не было бы истинное, а мнимое

c) Этимологическія замѣчанія о словѣ „Recht" можно найти въ сочиненіи Редера «Grundzüge des Naturr.» (2-ое изданіе) § 5, стр. 16 и слѣд.

§ 2. a) Безъ достаточнаго основанія отвергаетъ эти выраженія Пухта въ своемъ „Cursus der Institut." § 6. стр. 14. (2-е изданіе.)

b) Шталь въ вышеприведенномъ сочиненіи (II. 1. 196 и 197) говоритъ, что право есть «не только норма, но порядокъ, т. е. именно осуществленная норма, которой постоянно слѣдуютъ». Это послѣднее, однакожь, не существуетъ при каждомъ нарушеніи права или юридическаго порядка. Подобныя дѣйствія представляютъ примѣръ того, что данной нормѣ права, хотя бы и должно было слѣдовать, но въ конкретномъ случаѣ на дѣлѣ не послѣдовали.

право или просто своеволіе. Синонимы права въ субъективномъ смыслѣ суть слѣдующія выраженія: уполномоченіе, привиллегія, власть, Anrecht, Rechtsanspruch, а съ объективнымъ значеніемъ права совпадаетъ понятіе о законѣ въ извѣстномъ смыслѣ, именно, если подъ этимъ разумѣть юридическій законъ въ обширномъ смыслѣ, т. е. предписаніе или опредѣленіе права [c]), чѣмъ однако далеко не исчерпывается все содержаніе этого понятія, ибо законъ вообще означаетъ всякое правило, по которому нѣчто необходимо совершается или должно совершиться.

Кромѣ того, слово «recht» употребляется, какъ прилагательное къ дѣйствіямъ, и означаетъ тогда вообще то свойство дѣйствія, по которому оно соотвѣтствуетъ правиламъ, предписаннымъ для подобныхъ дѣйствій; въ болѣе же тѣсномъ смыслѣ, подъ этимъ выраженіемъ разумѣется согласное съ правилами права, что выражается и прилагательными «gerecht», «rechtmässig» [d]).

§ 3.

Въ филологическомъ значеніи и по своей идеѣ въ тѣснѣйшей связи съ правомъ стоитъ справедливость, хотя понятіе о ней въ обширнѣйшемъ значеніи выходитъ за границы права и принадлежитъ вообще нравственному міру [a]). Ея существо и цѣль относительно области права состоитъ въ томъ, чтобъ каждому воздавать слѣдующее ему по праву. Но и это понятіе имѣетъ объективное и субъективное значеніе. Въ первомъ значеніи справедливость означаетъ принципъ, по которому всякому должно выпасть на долю то,

c) Въ тѣсномъ юридическомъ смыслѣ законъ означаетъ предписаніе верховной государственной власти Ср. § 31.

d) Шталь (тамъ же, II. 1. 225.) относитъ это выраженіе только къ тому «что согласно съ положительнымъ правомъ».

§ 3. a) Ср. Шталь, тамъ же, II. 1. 160 и слѣд.

что ему слѣдуетъ по праву, въ послѣднемъ же подъ справедливостью разумѣется направленіе воли и образъ дѣйствія, соотвѣтствующій этому принципу [b]).

Справедливость въ этомъ смыслѣ переносится, хотя не исключительно, но преимущественно на правительства, какъ цѣль, которую они должны достигать, и здѣсь она выражается посредствомъ двойной функціи: частью посредствомъ безпристрастнаго признанія и защиты, частью посредствомъ воздаянія за дѣйствія, подлежащія юридическому обсужденію, смотря по заслугѣ виновника ихъ. Поэтому справедливость относится къ праву, какъ его слѣдствіе и огражденіе, потому что право поддерживается и укрѣпляется ею.

Кромѣ того, слово «Gerechtigkeit» употребляется въ юридическихъ казусахъ для выраженія ихъ согласія съ правомъ, наконецъ и для права въ субъективномъ смыслѣ, однако обыкновенно лишь въ сопоставленіи съ тѣмъ, что составляетъ содержаніе, или предметъ его [c]).

§ 4.

Приложеніе идеи о правѣ.

Приложеніе идеи о правѣ предполагаетъ такія существа, которыхъ природа состоитъ въ разумѣ и свободной волѣ,

b) Иначе различаетъ справедливость въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ Шталь, loc. cit. стр. 163. Опредѣленіе, встрѣчающееся въ L. 10. pr. D. de justit. et jur. (I. 1.) и pr. J. eod. (I. 1.) относится лишь къ субъективному смыслу: „Justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi". Точный анализъ этихъ двухъ значеній находится у Варнкенига въ его Rechtsphilos. стр. 207—211.

c) Напр. Jagdgerechtigkeit, Pfandgerechtigkeit, Wegegerechtigkeit; впрочемъ иногда употребляется слово „Gerechtigkeit" для обозначенія права, напр., когда говорится о „Gerechtigkeiten der Grundstücke", чтобъ обозначить этимъ (конечно неточнымъ выраженіемъ) права, связанныя съ недвижимою собственностью, которыя по этому должны принадлежать каждому собственнику.

но которыя въ то же время въ явленіяхъ своей жизни принадлежатъ къ видимому міру и въ немъ находятъ область своей внѣшней дѣятельности. Что касается до перваго требованія, то неразумныя существа не могутъ имѣть никакого представленія и сознанія о нормахъ права и о томъ, что изъ нихъ слѣдуетъ; а безъ свободы воли они не способны предназначать себя къ тѣмъ дѣйствіямъ, въ которыхъ и заключается содержаніе и осуществленіе правъ въ субъективномъ смыслѣ. Поэтому нельзя прилагать правъ къ животнымъ, такъ какъ они лишены разума и свободы воли [a]); хотя человѣкъ, конечно, имѣетъ нравственныя обязанности и относительно животныхъ.

Но съ другой стороны для существа, къ которому должно прилагать понятіе о правѣ, необходима тѣлесная природа, посредствомъ которой онъ принадлежитъ къ видимому міру, потому что внѣшнее употребленіе свободы и устройство общежитія, къ которому относится право, могутъ имѣть мѣсто лишь въ области внѣшняго, или видимаго міра. И такъ понятіе о правѣ можетъ прилагаться только къ людямъ, какъ къ разумнымъ и свободнымъ относительно воли существамъ на время ихъ земнаго бытія.

§ 5.

Понятіе о правѣ и всѣ установленія права (юридическіе институты) могутъ далѣе найти свое приложеніе только во

---

§ 4. а) Эберти въ Versuche auf dem Gebiete des Naturr. старается доказать это еще другимъ образомъ, стр. 131. — Не смотря на то, нѣкоторые знаменитые философы древности прямо приписывали животнымъ права, именно Пиѳагоръ и Эмпедоклъ, ср. Cic. de repub. III. c. 11. Jamblich. de vit. Pyth. § 168 и 169. Empedocl. (ed. Sturz.) p. 462. sq. и этимъ взглядомъ объясняется встрѣчающееся въ L. 1. § 3. D. de just. et jur. (I. 1.) и pr. J. de jure natur. gent. et civ. (I. 2.) опредѣленіе jus naturale (см. прибавленіе къ § 13). Подобные взгляды встрѣчаются и у Спинозы въ его Tractat. theologico=politic. C. 16.

взаимныхъ отношеніяхъ людей другъ къ другу. Ибо правомъ опредѣляется вообще то, что можетъ и должно, или не можетъ и не должно происходить во внѣшнихъ взаимныхъ отношеніяхъ людей другъ къ другу, дабы сдѣлать возможнымъ и обезпечить ихъ совмѣстное существованіе, соотвѣтствующее ихъ природѣ и назначенію, и достиженіе жизненныхъ цѣлей въ благоустроенномъ общежитіи. Изъ этого слѣдуетъ, что можно имѣть и предъявлять права въ субъективномъ смыслѣ не относительно себя, а относительно другихъ, и потому должно разумѣть подъ отношеніемъ права — отношеніе одного лица къ другому, которое имѣетъ юридическія дѣйствія, т. е. которое за собою влечетъ права и обязанности. Права и обязанности относятся всегда къ внѣшнимъ дѣйствіямъ, т. е. къ дѣйствіямъ, вліяющихъ на внѣшній міръ человѣка, при чемъ все равно, будутъ ли они положительныя, или отрицательныя, т. е. состоятъ ли они въ извѣстной дѣятельности, слѣдовательно, въ произведеніи перемѣны, или въ воздерживаніи отъ чего-нибудь. Внутреннія же дѣйствія человѣка сами по тебѣ находятся внѣ сферы права [a]), но когда они проявляются во внѣшнихъ поступкахъ, то они на столько берутся въ разсчетъ въ области права и справедливости, на сколько необходимо опредѣлить волю и намѣреніе дѣйствующаго лица для правильнаго уразумѣнія и оцѣнки его внѣшняго дѣйстія, и для опредѣленія юридическихъ слѣдствій послѣдняго.

Аренсъ въ своей Rechtsphilos. Ст. 294 и слѣд. (4 изд.) и Рёдеръ въ Grundzüge des Naturr. Ст. 21

---

§ 5. а) Сюда относятся слѣдующія изреченія римскихъ юристовъ: «Cogitationis poenam nemo patitur», L. 18. D. de poen. (XLVIII 19); «sola cogitatio furti faciendi non facit furem», L. 1. § 1. D. de furt. (XLVII) 2); «....nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit». L. 53. § 2. in f. D. de verb. signif. (L. 16.)

и слѣд. принимаютъ, по примѣру Краузе, для каждаго человѣка и внутренее право, которое бы касалось его личной области жизни и дѣятельности; въ этой области онъ существуетъ самъ по себѣ. Въ другомъ смыслѣ употребляется выраженіе «внутреннее право» относительно обществъ, чтобы обозначить этимъ право, имѣющее значеніе внутри общественнаго круга въ противоположность къ тому, что касается его отношенія къ другимъ обществамъ.

§ 6.

Обязанность или обязательство.

Если кто-нибудь имѣетъ право, то нельзя предоставить на произволъ другихъ, признавать ли это право и уважать ли его въ своихъ дѣйствіяхъ, или нѣтъ; всѣ должны считать себя обязанными фактически признавать и соблюдать это право, иначе право само потеряетъ всякую дѣйствительность и практическое значеніе. Такая обязанность имѣетъ общее основаніе съ правомъ, именно юридическій законъ (въ обширнѣйшемъ смыслѣ). Ибо, давая одному лицу извѣстную мѣру внѣшней свободы, или возможность свободы во внѣшнихъ дѣйствіяхъ и отношеніяхъ, слѣдовательно, право въ субъективномъ смыслѣ, необходимо въ то же время постановить, чтобы всѣ другіе обязывались фактически уважать это право и воздерживаться отъ нарушенія юридическаго порядка; это законъ, опредѣляющій порядокъ человѣческаго общежитія. Поэтому каждому праву съ одной стороны соотвѣтствуетъ обязанность или обязательство съ другой, такъ, что можно назвать право активной, обязанность же пассивной стороной юридическаго отношенія. Если обязанность вообще означаетъ нравственную необходимость какого нибудь дѣйствія, то юридическая обязанность, которая по преимуществу называется обязательствомъ[a]),

§ 6. a) Кантъ по своему различаетъ въ Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre. стр. 20 и 21. обязательство и обязанность.

состоитъ въ нравственной необходимости, утвержденной нормой права, такого образа дѣйствія, который сообразенъ съ правомъ другихъ и съ порядкомъ человѣческаго общежитія. Необходимость дѣйствія, предписанная обязанностію, выражается словомъ «должно» (Sollen), возможность дѣйствія, данная правомъ, выражается словомъ «можно» (Dürfen), и каждое дѣйствіе, противное праву и юридической обязанности, называется «неправдой», или «несправедливостью», или «противнымъ праву».

§ 7.

Объ обязанностяхъ вообще можетъ быть рѣчь только относительно существъ, одаренныхъ разумомъ и свободою воли, ибо не было бы возможности понять обязанности и привести ихъ въ сознаніе безъ разума, не было бы способности рѣшиться на то, въ чемъ состоитъ исполненіе обязанности, безъ свободы воли; юридическія обязанности въ особенности приложимы только къ такимъ разумнымъ и свободнымъ относительно воли существамъ, которыя принадлежатъ въ то же время къ видимому міру и въ немъ находятъ поприще для своей дѣятельности; ибо эти обязанности, также какъ права (§ 5), касаются лишь внѣшнихъ отношеній и взаимныхъ соприкосновеній существъ, подобныхъ другъ другу и существующихъ другъ подлѣ друга, и также порядка общежитія. Поэтому только человѣкъ можетъ имѣть юридическія обязанности, и притомъ точно такъ, какъ и права, не относительно самаго себя, но только относительно другихъ. Но кромѣ общей юридической обязанности, которая соотвѣтствуетъ каждому праву и обязательна для каждаго человѣка относительно обладателя права, хотя бы она состояла только въ томъ, чтобы не нарушать его права, есть еще особенныя юридическія обязанности, ко-

торыя проявляются въ извѣстныхъ отношеніяхъ права, слѣдовательно обязательны лишь для извѣстныхъ лицъ и могутъ быть разнообразнаго содержанія (§ 49). Впрочемъ есть не мало дѣйствій, которыя соединяютъ въ себѣ двойную природу, какъ обязанности, такъ и права, такъ что относительно этихъ дѣйствій человѣкъ не только обладаетъ правомъ, но и юридически обязанъ [a]).

§ 8.

Должно отличать отъ юридическихъ обязанностей обязанности добродѣтели (Tugendpflichten), которыя называются также нравственными обязанностями въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, или моральными, или этическими, или, наконецъ, преимущественно просто обязанностями. Онѣ относятся не только ко внѣшнимъ дѣйствіямъ людей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ или къ порядку ихъ общежитія, но обнимаютъ всю дѣятельность человѣка во всякомъ направленіи. При исполненіи ихъ имѣетъ важность не только самое дѣйствіе съ своей внѣшней стороны, какъ при исполненіи юридическихъ обязанностей, но преимущественно внутренняя побудительная причина воли и намѣреніе дѣятеля. Дальнѣйшее различіе между двумя родами обязанностей относится къ вопросу, который долженъ быть рѣшенъ въ § 10: возможно ли и приложимо ли принужденіе для исполненія ихъ? [a]) Что же касается вообще до взаимнаго соотношенія юридическихъ и нравственныхъ обязанностей, то всѣ обязанности права суть въ то же время и нравственныя обязанности, такъ какъ нравственность, ради добра, повелѣваетъ уважать и законы права, и права людей, но нельзя сказать этого наоборотъ, такъ какъ есть много обязанностей, которыя нисколько не касаются юридическихъ отношеній и, слѣдовательно, не входятъ въ кругъ юридическихъ обязанностей. Изъ послѣдняго явствуетъ, что хотя каждому праву соотвѣтствуетъ обязательство, но не всякой обязанности наоборотъ соотвѣтственно право, именно, когда обязанность только нравственная, а не юридическая [b]).

§ 7. а) Сюда относятся, напр. воспитаніе дѣтей со стороны родителей, должность опекуна, чиновника и т. д. Но слишкомъ далеко идутъ въ этомъ отношеніи Аренсъ Rechtsphilos. Стр. 303 и слѣд. и Рёдеръ Grundz. des Naturr. Стр. 49. Ср. § 55. прим. а).

§ 8. а) Шталь въ своей Philos. des Rechts. Томъ II. Отд. 1. Стр. 275. принимаетъ еще нѣсколько другихъ отличій, хотя не всегда удачныхъ, между нравственными и юридическими обязанностями.

b) Шталь, тамъ же, стр. 283 думаетъ и относительно юридическихъ обязанностей, что не всякой изъ нихъ соотвѣтствуетъ право, какъ ея причина.

§ 9.

Возможность и необходимость принужденія относительно правъ и юридическихъ обязанностей.

Право должно быть защищаемо противъ нарушенія, или нанесенія ему ущерба; слѣдовательно должно быть защищаемо отъ несправедливости и притомъ посредствомъ внѣшней силы или власти. Это называется принужденіемъ, такъ какъ сила противуположна волѣ и стремленіямъ тѣхъ, противъ которыхъ она направлена. Безъ этого средства защиты, фактическое признаніе и уваженіе права, принадлежащаго человѣку, и порядокъ человѣческаго общежитія были бы предоставлены только доброй волѣ отдѣльныхъ лицъ и были бы лишены всякаго внѣшняго ручательства, которое необходимо для обезпеченія правъ и обязанностей въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они не соблюдаются добровольно, такъ какъ добрая воля не вездѣ дѣйствительно встрѣчается при несовершенствѣ нравственнаго состоянія въ настоящей ступени нашего бытія. Правосообразность принужденія въ защиту правъ и

юридическаго порядка явствуетъ изъ слѣдующаго: сила, которая отстраняетъ препятствіе къ какому нибудь дѣйствію, споспѣшествуетъ этому дѣйствію и согласно съ нимъ. Всякая несправедливость есть препятствіе законной свободы и порядка во внѣшнихъ отношеніяхъ жизни, принужденіе же есть сопротивленіе, которое противуполагается этому препятствію; слѣдовательно, мѣшая этому препятствію къ законной свободѣ и порядку во внѣшнихъ отношеніяхъ жизни, принужденіе согласно съ ними, т. е. сообразно съ правомъ [a]). Поэтому каждое право въ собственномъ смыслѣ по своей природѣ и по характеру есть такъ называемое принудительное право, т. е. такое, для защиты и силы котораго принужденіе юридически возможно [b]), хотя бы принужденіе для защиты права фактически, т. е. по особеннымъ обстоятельствамъ даннаго случая, было не возможно или сопряжено съ сомнительнымъ успѣхомъ [c]). — Отъ этихъ правъ въ собственномъ смыслѣ отличаютъ такъ называемыя несовершенныя права, т. е. такія притязанія, которыя по своей природѣ, такъ какъ они

---

§ 9. a) Кантъ выводитъ такимъ образомъ въ Metaphys. Anfangsg. der Rechtslehre. стр. 35. сообразность принужденія; только онъ поступаетъ при этомъ слишкомъ односторонне, принимая въ соображеніе только индивидуальную свободу и оставляя безъ вниманія порядокъ общежитія. Срав. Шталя, loc. cit. II. 1. 276. прим. Противъ правомѣрности принужденія въ защиту правъ говоритъ Гербартъ въ Allgem. Prakt. Philos. Глава 4 (въ полномъ изданіи его сочиненій, исправленномъ Гартенштейномъ VIII. том. стр. 52).

b) Фейербахъ въ своей Kritik des natürl. Rechts, стр. 296 и слѣд. употребляетъ выраженіе принудительное право въ другомъ смыслѣ, именно для права, которое имѣетъ содержаніемъ своимъ принужденіе, т. е. для права принуждать. Гросъ въ своемъ Lehrbuch der philos. Rechtswiss. § 29. Пр. 2. допускаетъ подобное выраженіе только въ томъ же смыслѣ.

c) Ибо исключительно фактическія препятствія и трудности принужденія для защиты права, часто встрѣчающіяся въ международныхъ сношеніяхъ, нисколько не отнимаютъ у правъ характера, который принадлежитъ имъ по идеѣ права.

относятся къ внутреннему міру или расположенію человѣка, не допускаютъ принужденія съ внѣшней стороны, напр., право на дружбу, на довѣріе, на благодарность и т. п. Эти права, именно потому, что ихъ соблюденіе предоставляется доброй волѣ или нравственному смыслу и чувству тѣхъ, относительно кого дѣлаются подобныя притязанія, не суть права въ собственномъ смыслѣ, но только нравственныя притязанія, слѣдовательно притязанія, основывающіяся на нравственныхъ началахъ [d]).

§ 10.

Какъ при правахъ, такъ и при соотвѣтствующихъ имъ обязанностяхъ, или обязательствахъ, юридически допускается принужденіе для ихъ исполненія, ибо ихъ исполненіе относится къ юридическому порядку, для котораго необходимо это внѣшнее средство защиты (§ 9). Слѣдовательно, если исполненіе юридической обязанности не совершается добровольно, то оно можетъ быть осуществлено посредствомъ принужденія, которое или относится непосредственно къ дѣйствію, составляющему содержаніе обязательства, (когда заставляютъ отказаться отъ дѣйствія), или ведетъ только посредственно къ цѣли, напр. посредствомъ отнятія вещей, которыя служатъ къ удовлетворенію притязанія на право, соотвѣтствующее юридической обязанности. Характеръ, присущій юридической обязанности, по идеѣ права, столь же мало отнимается у нея, какъ и у правъ (§ 9. прим. c) тѣмъ, что принужденіе для исполненія обязанности можетъ сдѣлаться фактически невозможнымъ или можетъ имѣть сомнительный успѣхъ. Но внѣшнее принужденіе не приложимо къ нравственнымъ

---

d) Поэтому нѣкоторые прямо отвергаютъ понятіе о неполныхъ правахъ, напр. Гросъ, тамъ же, § 36. Прим. 4. и Рёдеръ въ Grundz. des Naturr. стр. 62 прим.

обязанностямъ, какъ къ таковымъ, ибо исполненіе ихъ состоитъ не только въ внѣшнемъ образѣ дѣйствія, но должно проистекать изъ добраго помышленія (§ 8). Изъ этого слѣдуетъ, что если нравственная обязанность есть въ то же время юридическая обязанность, то она допускаетъ принужденіе лишь во второмъ своемъ значеніи, т. е. относительно внѣшняго дѣйствія, къ которому она относится, или эквивалента, заступающаго ея мѣсто, но не относительно опредѣленія воли и помышленія, которыя должны лежать въ основаніи ея исполненія [a]). Юридическія обязанности, вслѣдствіе допустимости принужденія для исполненія ихъ, называются полными, или принудительными обязанностями; напротивъ того, чисто нравственныя обязанности, хотя онѣ съ нравственной точки зрѣнія и должны считаться вполнѣ обязательными, называются однако на юридическомъ языкѣ, вслѣдствіе недопустимости принужденія для ихъ исполненія, неполными обязанностями [b]), или обязанностями совѣсти, или также обязанностями любви, такъ какъ онѣ относятся къ другимъ людямъ. Впрочемъ, хотя юридическія обязанности обыкновенно и имѣютъ признакъ принудительности, однако не всѣ дѣйствія, которыя по природѣ своей могутъ быть вынуждены, суть непремѣнно юридическія обязанности, ибо существуютъ и внѣшнія дѣйствія, которыя, какъ таковыя, могутъ быть вынуждены (посредственно или непосредственно), но не принадлежатъ къ юридическимъ обязанностямъ, потому что нѣтъ основанія права, изъ котораго бы можно вывести ихъ обязанность, напр., дѣйствія одной щедрости и благотворительности, простое выраженіе вѣжливости и т. п. [c]). Съ другой стороны въ юридическихъ отношеніяхъ проявляются такія обязанности, которыя хотя и вытекаютъ изъ принциповъ права и состоятъ во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, однако не допускаютъ принужденія при своемъ исполненіи на извѣстныхъ основаніяхъ, слѣдовательно въ этомъ отношеніи совпадаютъ съ обязанностями совѣсти и любви, такъ что и соотвѣтствующія имъ права не имѣютъ характера принудительныхъ правъ. Это имѣетъ значеніе, напр., при обязанности, вытекающей изъ брачнаго обѣта, также относительно обязанностей, встрѣчающихся въ семейныхъ отношеніяхъ, далѣе въ области государственнаго права относительно обязанностей главы государства.

§ 10. a) Этимъ весьма просто разрѣшается мнимое противорѣчіе, которое Шталь въ своей Philos. d. Rechts. томъ I. стр. 128. считаетъ неразрѣшимымъ, и которое затрудняетъ и Росбаха въ его Perioden der Rechtsphilos. § 100.

b) Въ другомъ смыслѣ принимаетъ Гросъ (loc. cit. § 18.) выраженіе «полныя и неполныя обязанности».

И такія обязанности вмѣстѣ съ соотвѣтствующими имъ правами принимаются въ соображеніе въ естественномъ правѣ, такъ какъ онѣ по своему основанію и предмету суть юридическія обязанности; напротивъ вопросъ объ исключительныхъ обязанностяхъ совѣсти и любви, а также о такъ называемыхъ несовершенныхъ правахъ, принадлежитъ къ области ученія о нравственности.

§ 11.

Необходимость государства для всеобщей защиты права.

Принудительное дѣйствіе для защиты правъ и для исполненія юридическихъ обязанностей не можетъ быть предоставлено, по крайней мѣрѣ вообще, самимъ лицамъ, владѣющимъ правами, иначе принужденіе будетъ не всегда возможно и согласно съ идеею права. Ибо потребная для этого мѣра физической силы не всегда на сторонѣ праваго, и если бъ самъ

c) Этимъ отстраняются сомнѣнія, поднятыя Эберти въ его Versuchen auf dem Gebiete des Naturr. касательно отличительныхъ признаковъ допустимости, которые должно принимать какъ правило, при юридическихъ обязанностяхъ.

правый употреблялъ принужденіе, то только сильный могъ бы защищать свое право противъ слабаго, слабый же не могъ бы защищать свое право противъ сильнаго. Кромѣ того, если бъ правый и превосходилъ своего противника физической силой, то все же при принужденіи, совершаемомъ имъ самимъ, было бы часто весьма сомнительно соблюденіе мѣры, соотвѣтствующей идеѣ права, по которой принужденіе не должно распространяться дальше необходимости защитить свое право; нарушеніе этой мѣры было бы тѣмъ болѣе вѣроятно, чѣмъ легче могло бы возмутиться, вслѣдствіе нарушенія права, чувство обиженнаго, чѣмъ легче это чувство могло бы дойти до страсти. Слѣдовательно защита правъ, исполненіе потребнаго для этого принужденія, должно принадлежать общественной власти, превосходящей всякую частную власть и предназначенной для осуществленія (Handhabung) справедливости. Далѣе, при юридическихъ спорахъ, разрѣшеніе ихъ не можетъ исходить отъ того или другаго изъ участниковъ, потому что нельзя ожидать отъ нихъ безпристрастія, необходимаго для справедливаго рѣшенія, въ собственныхъ дѣлахъ; если партіи не хотятъ полюбовной сдѣлки, то ихъ юридическій споръ скорѣе долженъ быть рѣшенъ по началу справедливости особыми органами, признанными обществомъ. Сверхъ того опредѣленія права, распознаваемыя внѣшнимъ образомъ и имѣющія обязательную силу, необходимы для того, чтобы право само пришло во всеобщее сознаніе и чтобы рѣшеніе спорныхъ юридическихъ случаевъ могло бы послѣдовать правильно. Лишь такимъ образомъ можетъ имѣть мѣсто юридическій порядокъ вещей, можетъ быть осуществленъ истинный юридическій бытъ, т. е. такое состояніе, въ которомъ право и справедливость имѣютъ всеобщую силу и приложеніе. Но это возможно лишь въ благоустроенномъ союзѣ людей, живущихъ вмѣстѣ подъ

верховной властью. Такой союзъ называется гражданскимъ обществомъ, или государствомъ, въ противуположность съ такъ называемымъ естественнымъ состояніемъ [a]). Слѣдовательно существованіе государства вообще прямо необходимо для всеобщаго признанія и обезпеченія права. Болѣе подробныя опредѣленія общей цѣли и существа государства входятъ въ составъ естественнаго государственнаго права.

§ 12.

Справедливость (Billigkeit).

Справедливость находится въ тѣсной связи съ правомъ [a]). Существо справедливости вообще состоитъ въ распредѣленіи выгоды и невыгоды согласно съ существующими достоинствами и потребностями, и въ ихъ взаимномъ отноше-

---

§ 11. a) Этимъ выраженіемъ именно обозначается отрицаніе государства, состояніе безъ государства. Вопросъ о томъ, дѣйствительно ли и на сколько естественное состояніе вообще есть историческій фактъ, предшествующій происхожденію государствъ, не можетъ быть рѣшенъ съ историческою достовѣрностію. Понятіе объ естественномъ состояніи служитъ для того, чтобы сдѣлать нагляднѣе посредствомъ его представленія необходимость государства и существо гражданскаго устройства. Срав. Круга, Dikäologie. § 11. примѣчаніе 1. и Шталя, Philos. d. Rechts. томъ II. отдѣл. 1. стр. 211. Впрочемъ и нынѣ во взаимныхъ отношеніяхъ независимыхъ другъ отъ друга народовъ есть нѣчто въ родѣ естественнаго состоянія, такъ какъ они не подчинены общей верховной власти, которая бы была уполномочена и призвана для защиты права.

§ 12. a) О понятіи и значеніи справедливости господствуютъ конечно весьма различныя мнѣнія. Срав. напр. Кантъ, Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. Стр. 38 и сл. Гуго, Lehrb. des Naturr. § 74. (4-е изданіе), Гербартъ, Allgem. Prakt. Philos. Томъ I. глава 5. Трокслеръ, Philos. Rechtsl. § 9. стр. 45. Стекгартъ Jurist. Propädeutik. § 66. стр. 316.320 Фалькъ, Jurist. Encyklop. § 10. Шталь, Philos. d. Rechts томъ II. отд. I. стр. 307. и слѣд. и Варнкёнигъ, Rechtsphilos. стр. 267 и слѣд. Рéдеръ, Grundz. des Naturr. § 20. стр. 52 и Фойгтъ, Lehre vom jus natur., aequum et bonum und jus gent. der Römer, стр. 15 и слѣд.

нiи. Въ этомъ общемъ смыслѣ справедливость выражается при опредѣленiи и обсужденiи случаевъ права: 1) она опредѣляетъ юридическiя слѣдствiя дѣйствiй такъ, какъ это всего болѣе сообразно съ достоинствомъ виновника ихъ и съ имѣющими здѣсь значенiе обстоятельствами и отношенiями; 2) она выводитъ изъ одинаковыхъ юридическихъ отношенiй соразмѣрные результаты [b]), слѣдовательно при однихъ и тѣхъ же обстоятельствахъ, потребностяхъ, заслугахъ или винѣ распредѣляются ею одинаковыя выгоды или невыгоды участникамъ, въ противномъ же случаѣ въ неодинаковой мѣрѣ и притомъ въ соразмѣрности [c]). Такимъ образомъ справедливость согласна съ тѣмъ, чего требуетъ естественное чувство права, вслѣдствiе чего не рѣдко принимаютъ право и справедливость, какъ два однозначащiя понятiя [d]). Но кромѣ этого справедливость часто противополагается [e]) праву, въ смыслѣ измѣненiя его: 1) она отчасти смягчаетъ право, когда это сообразно съ особенными отношенiями и потребностью, и справедливость въ этомъ смыслѣ должна быть преимущественно для законодателя руководящимъ принципомъ

b) Въ этомъ смыслѣ и у Римлянъ встрѣчается слово aequitas, напр., у Cic. Top. 4. «Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat» и pro Caecin. 21. «... Omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis.»

c) Сравн. Гуго, loc. cit.

d) Точно также въ Римскомъ правѣ сопоставляются jus и aequitas, какъ согласныя въ своихъ результатахъ, напр., L. 25. D. de legibus. (I. 3.) «Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur...»

e) Точно также у Римлянъ aequitas часто противополагается jus (иногда jus strictum), напр., у Cic. de orat. I. 56. «.... pro aequitate contra jus dicere....» Donat. in Terent. Adelph. Act. 1. sc. 1. v. 26. «Inter jus et aequitatem hoc interest: Jus est, quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas est, quae de jure multum remittit.» L. 32. pr. D. de pecul. (XV. 1.) L. 2. § 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.) L. 8. C. de judic. (III. 1.)

его законодательной дѣятельности; 2) она ограничиваетъ приложенiе нашихъ правъ, побуждая принимать въ соображенiе существующiя потребности и отношенiя, и въ этомъ смыслѣ справедливость принадлежитъ не къ юридическимъ, а къ нравственнымъ обязанностямъ, изъ чего въ то же время слѣдуетъ, что ей не соотвѣтствуетъ никакое право на нее (§ 8).

Можно въ нѣкоторомъ смыслѣ отнести изреченiе: «Summum jus summa injuria», приведенное въ Cic. de off. 1. 10. къ возможному противорѣчiю права и справедливости (ср. Круга, Dikäolog. § 22, пр. 1); но это изреченiе допускаетъ различныя другiя толкованiя.

§ 13.

Естественное право. А) Понятiе о немъ, существо его.

Первоначальныя и всеобщiя начала права должно выводить изъ природы и назначенiя, какъ человѣка, такъ и отношенiй его жизни [a]); посредствомъ мышленiя, опирающагося на точное наблюденiе этихъ основъ, мы приходимъ къ пониманiю началъ права. Сумма истинъ и основныхъ положенiй, выводимыхъ изъ природы и назначенiя человѣка и человѣческихъ отношенiй, сознаваемыхъ при помощи разума, а также слѣдствiя, вытекающiя изъ нихъ, составляютъ естественное право. Въ значенiи науки естественное право есть самое систематичное, или самое научно стройное изложенiе первоначальныхъ и всеобщихъ началъ права, съ указанiемъ на ихъ выводы и приложенiе. Названiе «естественное» здѣсь употребляется въ томъ смыслѣ, что обозначаемое имъ право основывается на природѣ человѣка и человѣческихъ отношенiй и можетъ и должно быть сознано и развито разумной природой человѣ-

§ 13. a) Cic. de legib. I. 5. «Natura juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura.»

ка [b]). Но для естественнаго права есть и другія названія [c]). Какъ наука, оно называется также Rechtsphilosophie или philosophische Rechtswissenschaft, такъ какъ оно составляетъ ту часть философіи, которая должна изслѣдовать и изобразить [d]) общія основанія права, сами по себѣ, и первоначальные законы, какъ для внѣшнихъ жизненныхъ отношеній людей въ ихъ взаимномъ соприкосновеніи, такъ и для устройства общежитія. Его называли и божественнымъ правомъ [e]) въ томъ смыслѣ, что высшую и послѣднюю основу права должно искать въ божественномъ устройствѣ міра, на сколько оно связано съ людьми и ихъ жизненными отношеніями (§ 14) [f]). Далѣе естественное право называется разумнымъ правомъ вслѣдствіе его сознательнаго основанія, также всеобщимъ правомъ вслѣдствіе всеобщаго значенія его началъ [g]). Менѣе употребительны другія названія, которыя употреблялись нѣкоторыми для этой науки, наприм. метафизическое ученіе о правѣ, или метафизика права, дикеологія и т. д.

Уже въ древности встрѣчаются различныя изреченія объ естественномъ правѣ, которыя по крайней мѣрѣ отчасти выражаютъ истинное существо его, особенно у Цицерона, напр., de invent. II. c. 22 «....naturae quidem jus esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat», и c. 53. «Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit,» de offic. III. c. 5. «Atque hoc multo magis efficit ipsa naturae ratio, quae est lex divina et humana,» и III. c. 17. «Ex quo intelligitur, quoniam juris natura fons sit, hoc secundum naturam esse....»; de leg. I. c. 6. «Nunc juris principia videamus. Igitur doctissimis viris proficisci placuit a lege, haud scio an recte, si modo, ut iidem definiunt, lex est ratio summa insita in natura, quae jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio quum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est.... a lege ducendum est juris exordium: ea est enim naturae vis; ea mens ratioque prudentis; ea juris atque injuriae regula». Но замѣчательно Ульпіаново пониманіе естественнаго права въ L. 1. §. 3. D. de justit. et jur. (I. 1.) (почти буквально повторенное въ pr. J. de jur. nat. gent. et civ. I. 2.) «Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri». Но jus naturale характеризуется еще и иначе, напр. Paulus, L. 11. D. de just. et jur. «quod semper aequum ac bonum est.» Римскіе юристы не рѣдко отождествляютъ его съ jus gentium.

---

b) Если такимъ образомъ понимать это выраженіе, то нѣтъ достаточной причины его отвергать, какъ это дѣлаетъ, напр., Шталь, который подъ именемъ естественнаго права разумѣетъ только одну защищаемую имъ юридическую систему отвлеченной философіи, т. е. философіи, которая признаетъ лишь то, что слѣдуетъ изъ разума, какъ чистаго мышленія, слѣдовательно логически необходимое, и ищетъ въ одномъ разумѣ источникъ нравственности. Ср. его Philos. des Rechts. Томъ I. Стр. 86 и слѣд. и 106. См. Стёкгартъ, Jurist. Propädeutik. § 45. Прим. 3. и Блюме Encyklop. der Rechte, § 10. касательно весьма различныхъ, однако большей частью ложныхъ представленій, которыя связали съ выраженіемъ «естественное право.»

c) Ср. Варнкёнигъ, Rechtsphilos. стр. 4.

d) Cic. de legib. I. 5. «Non ergo a praetoris edicto... neque a XII. tabulis..., sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam....»

e) Уже Зенонъ (основатель стоической школы) утверждалъ: «Naturalem legem divinam esse.» Ср. Cic. de natura deor. I. 14.

f) Касательно другихъ представленій о божественномъ правѣ см. Круга Dikäologie. § 9. и Фалька Jurist. Encyklop. § 58 и слѣд.

g) Aristot. Ars. Rhetor. I. c. 13. «....κοινὸν δὲ (scil. νόμον) τὸν κατα φύσιν, ἔστι γάρ, ὃ μαντεύονταί τι πάντες, φύσει κοινὸν δίκαιον καὶ ἄδικον, κἂν μηδεμία κοινωνία πρὸς ἀλλήλους ᾖ μηδὲ συνθήκη». — Cic. de leg. I. c. 15. «Est enim unum jus, quo devincta est hominum societas, et quod lex constituit una; quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi. ...»; de offic. III. c. 6. «una continemur omnes et eadem lege naturae».

Ибо, хотя они этимъ выраженіемъ собственно обозначаютъ право, равно соблюдаемое у всѣхъ народовъ, («quo gentes humanae utuntur», L. I. § 4. D. eod, или quo jure omnes gentes utuntur», L. 9 in f. D. eod), но все-таки они придаютъ ему тотъ признакъ, что оно произошло изъ naturalis ratio и вслѣдствіе этого получило всеобщее признаніе. Gaj. Inst. I. § 1. и L. 9. D. eod.«.... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium...» L. 1. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) «....jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur.» Именно потому jus gentium и называется иногда jus naturale, и наоборотъ, напр., § 11. J. de rer. divis. (II. 1) «....jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium», и § 41. J. eod. «....jure gentium, id est jure naturali....». Тождественность обѣихъ названій явствуетъ также изъ § 1, J. eod. и изъ L. 2. и L. 4. pr. D. eod. (I. 8.), также изъ Gaj. Inst. II. § 65, 66, 69 и 70. ср. съ L. 5. § 7. L. 7. § 1. и L. 9. § 3. D. de acquir. rer. dom. Напротивъ въ другихъ мѣстахъ оба понятія jus gentium и jus naturale различаются другъ отъ друга и притомъ не только въ L. 1. § 2—4. L. 4 и L. 6. pr. D. de justit. et jur. и § 4. in f. J. eod., но и въ § 2. J. de jur. nat. gent et civ., въ L. 64. D. de condict. indeb. (XII. 6) и L. 31. pr. D. depos. (XVI. 3), также какъ и у многихъ не юридическихъ писателей, напр. Cic. Orator. partit. c. 37. и de off. Ш. 5. (касательно этого мѣста срав. Фойгтъ, Lehre über das jus naturale .... der Römer § 13.). у Gell. N. A. VII. c. 3. § 45 и Isidor. Orig. V c. 4.

§ 14.

Естественное право въ вышеприведенномъ значеніи имѣетъ задачею: найти и представить коренныя всеобщія и существенныя начала права, вывести изъ нихъ права̀ и обязанности людей другъ къ другу, опредѣлить сущность институтовъ права и жизненныхъ отношеній, необходимыхъ для существованія и цѣлей человѣчества, въ ихъ идеѣ или по заключающимся въ нихъ постулатамъ. Божественное устройство міра относительно людей и ихъ жизненныхъ отношеній, т. е. Богомъ данная природа и назначеніе человѣка— вотъ руководящее начало и мѣрило, которому слѣдуетъ естественное право или объективная и реальная основа его ученій. Субъективная же основа сознанія естественнаго права, или способность яснаго сознанія его заключается въ человѣческомъ разумѣ. Конечно разумъ самъ не можетъ произвести права, но только сознаетъ и развиваетъ его изъ объективнаго основанія, которое онъ долженъ изслѣдовать и привести въ научную систему [a]). Естественное право не можетъ основываться на эмпирическихъ основахъ сознанія, по крайней мѣрѣ главнымъ образомъ, ибо опытъ можетъ научить насъ лишь тому, что есть или что было, а не тому, что по идеѣ и по первоначальной сущности человѣческихъ отношеній должно или можетъ быть; но наблюденія надъ природой человѣка и вещей внѣ его, надъ человѣческими жизненными отношеніями и учрежденіями, конечно, должны имѣть значеніе при изслѣдованіи и приложеніи началъ права. Естественное право стоитъ въ непосредственной связи съ практическою жизнію по своему содержанію, или предмету; ибо оно касается образованія человѣческихъ отношеній [b]), дѣйствительно проявляющихся въ видимомъ мірѣ или только возможныхъ, а также внѣшняго жизненнаго устройства, которое должно соблюдаться между ними [c]).

---

§ 14. a) Ср. Шталь, Philos. des Rechts. Томъ I. Стр. 257 и слѣд. Аренсъ Rechtsphilos. Стр. 182.

b) Равномѣрно утверждаетъ Шталь, loc. cit. томъ II. отд. 1. стр. 3., что ученіе о правѣ и государствѣ не можетъ сознать всеобщей внутренней природы юридическихъ институтовъ, за исключеніемъ опредѣленныхъ положительныхъ юридическихъ положеній, и потому должно всегда исходить отъ нихъ. Противъ этого Рёдеръ, Grundz. des Naturr. стр. 5. примѣч.

c) Естественное право, отвлеченное отъ взаимныхъ отношеній между людьми, было бы совершенно праздное и безплодное умозрѣніе и не заслуживало бы имени практической науки. Поэтому ходячее раздѣленіе есте-

§ 15.

В) Необходимость принятія естественнаго права.

Естественное право въ опредѣленномъ до сихъ поръ смыслѣ (§ 13 и 14) необходимо, также какъ необходимо право вообще, для достиженія человѣческихъ цѣлей и для существованія человѣческаго общества (§ 1). Первоначальное основаніе его и масштабъ заключаются въ Богомъ устроенной природѣ и назначеніи человѣка и человѣческихъ жизненныхъ отношеній, поэтому человѣкъ призванъ и одаренъ способностями къ изслѣдованію того, что слѣдуетъ признавать первоначальнымъ правомъ и что должно осуществлять въ жизненныхъ отношеніяхъ людей. Ибо въ человѣкѣ есть не только прирожденное чувство справедливости и несправедливости, что можно назвать первоначальнымъ или непосредственнымъ смысломъ права, или естественнымъ сознаніемъ права [a]), но и духовная способность сознавать первоначальную природу и назначеніе человѣческихъ жизненныхъ отношеній, всеобщее и необходимое въ нихъ, слѣдовательно законы для нихъ. Эта высшая познавательная способность, открывающая идеи и первоначальные законы, есть разумъ [b]). Поэтому правильное употребленіе разума

ственнаго права на абсолютное (чистое) и гипотетическое (прикладное) безполезно и должно быть отвергнуто. Касательно смысла этого раздѣленія см. Фалька Jurist. Encyklop. § 49. стр. 77.

§ 15. a) Сюда относится и изреченіе Павла въ посланіи къ Римлянамъ глава 2. стр. 14—15.

b) Шталь въ Philos. d. Rechts. T. II. стр. 258, прекрасно обозначаетъ разумъ, какъ «органъ правды». Хотя Пухта въ Cursus der Institut. томъ I. стр. 4. и утверждаетъ, что такъ какъ основное понятіе права—свобода, то нельзя прійти къ праву, исходя отъ понятія разума, однако тамъ же уступаетъ (стр. 6), что свобода человѣческая должна быть разумною «для того, чтобы существовать» т. е. «должна держаться въ предѣлахъ природы», и что разумъ научаетъ человѣка познавать эти предѣлы.—Ср. и Аренса, Rechtsphilos. стр. 181 и сл. 190 и сл. 222 и сл.

даетъ и возможность изслѣдовать и развить вмѣстѣ съ ихъ слѣдствіями тѣ всеобщіе правила и законы относительно внѣшней свободы людей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ и относительно устройства ихъ общежитія, которые вытекаютъ изъ природы и назначенія человѣка и человѣческихъ жизненныхъ отношеній, и которые необходимы для существованія человѣческаго общества; вмѣстѣ съ тѣмъ существуетъ возможность оцѣнить существующіе институты права по этому масштабу и опредѣлить ихъ дальнѣйшее развитіе. Исходя отъ идеи справедливости, можно доказать также необходимость естественнаго права и философской науки права [c]). Ибо въ человѣческомъ сознаніи коренится вѣра, что есть справедливость, что мы можемъ ее познавать и что мы должны слѣдовать ей въ жизни. Но знаніе въ собственномъ смыслѣ, или наука не мыслима безъ единства и внутренней связи. Поэтому познаніе идеи о справедливости, которая должна соотвѣтствовать кореннымъ началамъ права, и осуществленіе ея въ жизни, предполагаютъ возможность сознанія о единствѣ и внутренней связи того, что первоначально справедливо, посредствомъ философскаго изслѣдованія [d]).

§ 16.

Приведенныя въ § 15 причины, доказывающія необходимость естественнаго права въ означенномъ смыслѣ, не признаются или не считаются достаточными тѣми, которые отрицаютъ реальность такого права и держатся мнѣнія, что толь-

c) Этотъ путь избираетъ Шталь (Ibid. I. 1), чтобъ доказать, что философія права,—«наука о справедливости.»

d) Cic. de leg. I. c. 10. «.... omnium, quae in doctorum hominum disputatione versantur, nihil est profecto praestabilius, quam plane intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura constitutum esse jus.»—de invent. II. c. 53. «.... Ejus (scil. justitiae) initium est ab natura profectum. . .»

ко положительное право есть право. Держась такого мнѣнія, ссылаются или на великое разнообразіе правъ различныхъ народовъ [a]), что̀, конечно, необходимо связано съ назначеніемъ положительнаго права (§ 23. № 3),—или принимаютъ въ соображеніе лишь внѣшнее проявленіе и выраженіе права и не признаютъ внутренней, необходимой и имѣющей повсемѣстное значеніе основы и руководящихъ началъ его [b]), — или, признавая даже идею права и ея вліяніе на положительное право, все таки ставятъ существо права посредствомъ petitio principii въ томъ, «чтобъ быть самостоятельнымъ человѣческимъ порядкомъ жизни, т. е. положительнымъ правомъ» [c]),—или наконецъ исходятъ отъ несостоятельныхъ посылокъ (Prämissen) другаго рода, утверждая, напр., что предметомъ философіи можетъ быть лишь то, что̀ имѣетъ исторію [d]).

Впрочемъ должно, конечно, допустить, что положительное право, вслѣдствіе практической потребности и подъ вліяніемъ естественнаго юридическаго смысла, произошло и получило силу за долго до того времени, когда стали думать объ научномъ изслѣдованіи коренныхъ и всеобщихъ началъ права, и что существующія положительныя права во многихъ отношеніяхъ служатъ естественному праву для подтвержденія, объясненія и нагляднаго представленія, такъ какъ всеобщія начала права запечатлѣлись и, какъ будто, воплотились въ нихъ.

§ 16. a) Этому основанію давали силу между греческими философами Пирронъ и его послѣдователи, скептики. Ср. Diog. Laërt. IX. § 61. 83 и 84. и Sext. Empir. Pyrrhon. Hypotyp. III. c. 24. § 198—218.

b) Это относится между греческими философами именно къ Архелаю, также къ Аристиппу и его послѣдователямъ, Киренцамъ, ср. Diog. Laërt. II. § 16., 93 и 99, далѣе къ Эпикуру, ср. X. § 150—153 и къ Карнеаду, ср. Lactant. divin. Institut. V. c. 16. Это направленіе и нынѣ находитъ себѣ послѣдователей.

c) Такъ выражается Шталь ibid. Томъ II. отд. 1. стр. 218.

d) Это основаніе именно приводитъ Пухта ibid. § 32. стр. 96. Поэтому не было бы, напр., философіи въ Платоновомъ Федонѣ, такъ какъ безсмертіе души, которое должно быть доказано, какъ извѣстно, въ этомъ діалогѣ, не имѣетъ исторіи.

§ 17.

C) Объемъ и раздѣленіе естественнаго права.

Различныя отношенія права, на которыя простираются начала и опредѣленія естественнаго права, можно собрать въ три главные класса. Первый изъ этихъ классовъ состоитъ изъ юридическихъ отношеній отдѣльныхъ лицъ другъ къ другу, второй касается юридическихъ отношеній въ государствѣ, какъ въ замкнутомъ въ себѣ цѣломъ, а третій относится къ отношеніямъ государства, или народа къ другимъ государствамъ, или народамъ, и къ ихъ отдѣльнымъ членамъ. Народомъ же въ томъ смыслѣ слова, который придается ему здѣсь, называется масса людей, соединенныхъ въ государство, въ противоположность къ иностранцамъ [a]). Каждый изъ этихъ главныхъ классовъ юридическихъ отношеній составляетъ предметъ особеннаго отдѣла естественнаго права. Такъ, къ первому относится естественное частное право, ко второму— естественное государственное право, къ третьему— естественное право народовъ или государствъ, которое

§ 17. a) Кромѣ этого значенія, касающагося отношенія государства къ иностранцамъ, слово «народъ» имѣетъ еще и другія значенія и притомъ частью естественное и историческое, частью государственное, частью политическое. Въ естественномъ и историческомъ значеніи «народъ» выражаетъ массу людей, связанныхъ единствомъ происхожденія, языка и обычаевъ, въ государственномъ же — совокупность подданныхъ въ противоположность къ главѣ государства или правителю, въ политическомъ же значеніи, наконецъ, приложимомъ однако единственно къ демократическимъ или республиканскимъ государствамъ, народъ выражаетъ организованное собраніе, которое по конституціи уполномочено къ верховной власти. См. Савиньи, System des heut. Röm. Rechts, Томъ I. стр. 30.

также называется международнымъ правомъ [b]). Государственное и международное право вмѣстѣ называются также публичнымъ правомъ (öffentliches Recht), при чемъ подъ словомъ «публичное» разумѣется то, что касается до отношеній государства въ цѣломъ составѣ, внутри и внѣ его, въ противоположность съ чисто частными отношеніями [c]); обѣ части публичнаго права можно отличать названіями: «внутреннее государственное право» и «внѣшнее государственное право» [d]). Но кромѣ этого есть еще нѣкоторыя ученія, которыя исключительно не принадлежатъ ни къ какому классу юридическихъ отношеній, но болѣе или менѣе относятся ко всѣмъ и поэтому предполагаются при ихъ

---

b) Прежде обыкновенно употреблялось выраженіе «народное право» (особенно соотвѣтствующее латинское) въ томъ самомъ смыслѣ, который связывали римскіе юристы съ «jus gentium», (срав. прибав. къ § 13.), т. е. какъ право, равномѣрно принятое у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ по естественному сознанію права. Народное право въ этомъ смыслѣ разсматривалось не какъ часть естественнаго права, а ставилось подлѣ него, какъ соотвѣтствующее ему, какъ бы естественное право, пріобрѣтшее дѣйствительную силу у цивилизованныхъ народовъ. Этимъ объясняется то, что древнѣйшіе изслѣдователи естественнаго права обыкновенно обозначали свою науку двойнымъ именемъ: Jus naturae et gentium. Однако «jus gentium» встрѣчается иногда у римскихъ юристовъ въ значеніи «международнаго права», напр., L. 17. D. de legation. (L. 7.), еще чаще у другихъ писателей, какъ Cic. pro Rabir. Post. 15., Liv. II. 4. in f. и IX. 10. in f., Sallust. bell. Jug. c. 18 и 31.

c) Такъ въ Римскомъ правѣ, хотя выраженіе «publicum jus» обозначаетъ въ противуположность къ «privatum jus» только государственное право, L. 1. § 2. D. de justit. et jur. (I. 1.), однако въ другихъ выраженіяхъ прилагательное «publicum» относится и къ международнымъ отношеніямъ, какъ publica conventio въ L. 5. D. de pact. (II. 14.); однако теперь нѣкоторые прилагаютъ выраженіе «öffentliches Recht» только къ государственному праву и преимущественно къ извѣстнымъ отдѣламъ его, именно къ гражданскому процессу и къ уголовному праву. Ср. Савиньи, тамъ же, томъ I. стр. 26 и 27.

d) Эти названія употребляетъ именно Гегель въ Naturr. § 259.

опредѣленіи и обсужденіи. Сюда принадлежитъ: изслѣдованіе о разнаго рода положеніяхъ права вообще и объ ихъ дѣйствіи, далѣе о субъектѣ, содержаніи, объектѣ и различныхъ родахъ правъ въ субъективномъ смыслѣ и юридическихъ обязанностяхъ, также о происхожденіи, приложеніи, коллизіи, нарушеніи и защитѣ ихъ. Эти общія ученія должно соединить по систематической методѣ въ общемъ отдѣлѣ и предпослать частному отдѣлу, который занимается изображеніемъ указанныхъ трехъ главныхъ классовъ юридическихъ отношеній.

1. Замѣчательно, что Кантъ въ своихъ Metaphys. Anfangsgr. der Rechtsl. стр. 52 принимаетъ подраздѣленіе естественнаго права на естественное и гражданское за высшее и хочетъ, чтобы первое называлось частнымъ правомъ, а второе публичнымъ, потому что въ естественномъ состояніи нѣтъ гражданскаго общества (обезпечивающаго государственными законами мое и твое). По этому взгляду, частное право, по своему понятію и содержанію, было бы ограничено естественнымъ состояніемъ, и такъ какъ это состояніе въ дѣйствительности не можетъ и не должно существовать (§ 11) между отдѣльными лицами, то это было бы совершенно не практическое ученіе. Очевидно же должно быть для гражданъ государства частное право, которое бы установило ихъ взаимныя отношенія другъ къ другу, а съ другой стороны выраженіе «естественное право» не должно ограничиваться только частнымъ правомъ, но должно прилагаться къ каждому праву, состоящему изъ естественныхъ юридическихъ опредѣленій, будь оно публичное или частное.—Публичное право раздѣляетъ Кантъ loc. cit. стр. 192. 245 и сл. и 259 и сл. на государственное право, на народное право, или право государствъ, и на государственно-народное, или всемірно-гражданское право (jus cosmopoliticum), и разумѣетъ подъ послѣднимъ выраженіемъ право, «на сколько оно касается возможнаго соединенія всѣхъ народовъ, съ цѣлію извѣстныхъ всеобщихъ законовъ для возможныхъ сношеній». Впрочемъ не нужно отдѣлять это право отъ народнаго; оно скорѣе составляетъ часть его. Ср. Круга Dikäol. § 99. прим. 1.

2. Если Шталь замѣчаетъ въ Philos. d. Rechts, Томъ II. отд. 1. стр. 303. (§ 47.), что «публичное право обнимаетъ частное право, такъ какъ послѣднее обусловлено своимъ положеніемъ (сочлененіемъ) въ общежитіи», то это замѣчаніе опровергается уже указаніемъ на прирожденныя права человѣка, (признанныя и Шталемъ, стр. 286.), которыя очевидно, однако, принадлежатъ къ частному праву и относительно своего бытія (не говоря уже объ обезпеченіи защиты) конечно не обусловлены положеніемъ человѣка въ общежитіи. Но это имѣетъ вообще значеніе во всѣхъ человѣческихъ правахъ, относящихся къ частному праву; такъ какъ они происходятъ не изъ однихъ только институтовъ положительнаго права. Ибо право, само по себѣ, основывается на природѣ и назначеніи человѣка и человѣческихъ отношеній; оно познаваемо въ своихъ всеобщихъ и существенныхъ началахъ посредствомъ разума (§ 13 и 15.), а допустимость принужденія для защиты права можно вывести уже изъ понятія права, какъ согласный съ нимъ и необходимый признакъ (§ 9.) Но лишь въ государствѣ, конечно, право приводится посредствомъ внѣшнимъ образомъ познаваемыхъ нормъ во всеобщее сознаніе и ближе опредѣляется; лишь въ государствѣ дѣлается вообще возможнымъ принудительное дѣйствіе относительно всѣхъ для защиты права и притомъ въ формѣ, соотвѣтствующей понятію права. Поэтому осуществленіе истиннаго юридическаго порядка обусловливается государствомъ, но никакъ не существованіе права вообще.

3. Нѣкоторые совершенно отнимаютъ у международнаго права юридическій характеръ и не хотятъ признавать его, какъ часть законовѣдѣнія, напр. Гуго, Lehrb. des Naturr. § 6. 30 и 377. Фалькъ, Jurist. Encyklop. § 46. и Эберти, Versuche auf dem Gebiete des Naturr. стр. 55 и сл. Еслибъ это мнѣніе, (основанное на несостоятельныхъ посылкахъ) было вѣрно, то изъ этого бы слѣдовало, напр., что народные договоры не имѣютъ никакого юридическаго значенія; ни одинъ народъ, далѣе, не имѣлъ бы права давать отпоръ вмѣшательствамъ въ свою сферу свободы или требовать удовлетворенія, если бы они произошли.

§ 18.

Что касается до особенной части естественнаго права, то области публичнаго и частнаго права, конечно, не отдѣлены другъ отъ друга такъ рѣзко, чтобъ не переходить своихъ предѣловъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ [a]), какъ это бываетъ и въ положительномъ правѣ. Такъ именно государство можетъ имѣть такія права, которыя точно также могутъ принадлежать и частнымъ лицамъ и которыя потому должно изслѣдовать и въ частномъ правѣ, напр., извѣстнаго рода собственность. Далѣе могутъ быть относительно взаимныхъ сношеній между членами различныхъ государствъ или народовъ тѣ же самыя юридическія отношенія, какъ между членами одного и того же государства или народа; для таковыхъ отношеній частнаго права между членами различныхъ народовъ употребляютъ выраженіе: «международное частное право»; самое международное право большею частію лишь приложеніе частнаго права относительно юридическихъ отношеній народовъ другъ къ другу. Но съ другой стороны есть и въ государствѣ нѣкоторыя общества, которыя хотя и имѣютъ своеобразную сферу права, въ общемъ отличную отъ государства, но все таки приходятъ въ частыя соприкосновенія съ государствомъ и съ публичнымъ правомъ по своей цѣли и своему устройству. Это можетъ быть приложено, напр. къ городовымъ и сельскимъ общинамъ, къ различнымъ корпораціямъ и преимущественно къ Церкви. Послѣдняя, правда, имѣетъ прежде всего характеръ частнаго права, въ своемъ внѣшнемъ проявленіи, какъ общество, такъ какъ она обусловливается субъективной вѣрой и должна служить къ нравственному и религіозному усовершенствованію отдѣльныхъ членовъ; но она стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ госу-

---

§ 18. а) Срав. касательно этого Блюме, Encyclop. d. Rechte, § 6.

дарствомъ и его цѣлями не только вслѣдствіе своего общественнаго устройства, основаннаго путемъ историческимъ и необходимаго для ея конечной цѣли, но и вслѣдствіе своего вліянія на гражданскую жизнь и на общественныя учрежденія и отношенія; потому церковное право должно разсматривать, какъ ученіе, общее государственному и частному праву [b]).

§ 19.

Отличіе естественнаго права отъ сродныхъ и сопредѣльныхъ наукъ: 1) отличіе отъ морали.

Моралью или этикой, или ученіемъ о нравственности въ тѣснѣйшемъ смыслѣ [a]) называется ученіе

---

b) Поэтому различаютъ: церковное государственное право, или публичное церковное право и частное церковное право, ср. Стёкгарта Jurist. Propädeutik, § 50. — Но мнѣнія весьма различны относительно мѣста церковнаго права въ системѣ права. Такъ оно причисляется Фалькомъ (тамъ же, § 21 и 31) къ частному праву, большею же частью юристовъ — къ публичному. Есть еще третье мнѣніе, по которому оно не должно причисляться ни къ частному, ни къ публичному праву, а составляетъ самостоятельную юридическую область. Ср. Савиньи, тамъ же, стр. 27 и слѣд. и Пухта, Curs. der Institut. § 22 и 26. И у Римлянъ уже sacrum, или divinum jus то причисляли къ publicum jus, именно Ulpian. L. 1. § 2. D. de just. et jur. (I. 1.), которому слѣдуетъ и Isidor. Orig. V. 8, то отличали отъ него и разсматривали, какъ особенную часть права, напр., у Quintil. Inst. orat. II. 4. § 33. («genera sunt tria, sacri, publici, privati juris») и Auson. Idyll. XI. v. 61 и 62., какъ и Цицеронъ, pro domo 49, уже различаетъ pontificium jus отъ publicum jus.

§ 19. a) Эти три наименованія, которыя собственно различаются только по различію языковъ, въ которыхъ они коренятся, различаетъ Аренсъ въ Rechtsphilos стр. 211. и слѣд. и по значенію, разумѣя подъ этикой ученіе о добрѣ вообще, подъ моралью же часть ея, которая занимается только нравственнымъ добромъ, и считая наименованіе «Sittenlehre» недостаточнымъ, ибо подъ нравами разумѣется только добро, опредѣляемое временемъ и народомъ, такъ какъ оно измѣнчиво.

о нравственномъ добрѣ и объ обязанностяхъ человѣка, вытекающихъ изъ него. Философская мораль совпадаетъ съ естественнымъ правомъ въ высочайшемъ и конечномъ источникѣ всего добраго и справедливаго, который должно искать въ Божественной волѣ и въ Божественномъ устройствѣ міра; она совпадаетъ съ нимъ и въ субъективномъ источникѣ сознанія, который заключается въ человѣческомъ разумѣ, наконецъ и въ самомъ предметѣ, такъ какъ обѣ науки относятся къ дѣйствіямъ человѣка. Однако онѣ во многомъ отличаются другъ отъ друга [b]), а именно: 1) по объему человѣческихъ дѣйствій, къ которымъ онѣ относятся. Естественное право имѣетъ прежде всего предметомъ такія дѣйствія, которыя вліяютъ на внѣшній міръ и касаются внѣшнихъ отношеній людей другъ къ другу и порядка ихъ общежитія, (хотя и должно принимать въ соображеніе при юридическомъ обсужденіи ихъ опредѣленіе воли и намѣреніе дѣйствующаго, § 5); мораль, напротивъ, обнимаетъ дѣятельность человѣческой воли всякаго рода и во всякомъ направленіи, внутреннія дѣйствія, также какъ и внѣшнія, и послѣднія въ такихъ случаяхъ, гдѣ они не имѣютъ юридическаго значенія, напр., образъ дѣйствія человѣка относительно себя, также такія дѣйствія относительно другихъ, которыя по своей природѣ суть неполныя обязанности или чистыя обязанности любви (§ 10.) [c]). 2) По содержанію и результатамъ. Мораль разсматриваетъ идею и существо нравственнаго добра и опредѣляетъ по ней обязанности человѣка во всякомъ отношеніи, при чемъ все равно, произойдутъ ли изъ этого нравственныя притязанія для дру-

---

b) Другаго мнѣнія держится Эберти, тамъ же, стр. 39 и слѣд.

c) Seneca de ira II. c. 27. «Quanto latius officium patet, quam juris regulae? Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra publicas tabulas sunt?»

гихъ, или нѣтъ; естественное же право изслѣдуетъ существо права вообще, его коренныя и общія начала и развиваетъ изъ этого, какъ права въ субъективномъ смыслѣ, такъ и юридическія обязанности людей въ ихъ взаимныхъ сношеніяхъ; далѣе, учрежденія и установленія внѣшнихъ жизненныхъ отношеній, необходимыя для благоустроеннаго общежитія людей. 3) По конечной цѣли и по требованію, сообразному съ ней. Конечная цѣль естественнаго права направлена къ тому, чтобы сдѣлать вообще возможнымъ внѣшнее употребленіе свободы людей для достиженія ихъ жизненныхъ цѣлей посредствомъ взаимнаго ограниченія ея, и чтобы установить и обезпечить порядокъ ихъ общежитія согласно съ природою и цѣлью человѣческихъ жизненныхъ отношеній; поэтому оно ограничиваетъ прежде всего свое требованіе только согласіемъ нашихъ дѣйствій съ законами права, а также съ природою и съ цѣлію соціальныхъ положеній и отношеній. Мораль же, напротивъ, имѣетъ конечною цѣлію направить [d]) всѣ стремленія человѣка къ нравственному совершенству, въ достиженіи котораго заключается истинная человѣческая добродѣтель [e]). Поэтому тутъ важно не только самое дѣйствіе, но преимущественно внутренняя побудительная причина воли и намѣреніе дѣйствующаго лица, и эта воля должна быть такого рода, что она любитъ и избираетъ добро во имя добра, т. е. потому что такова воля Божья и, слѣдовательно, добро происходитъ отъ Бога [f]). Мораль требуетъ, согласно съ этимъ, соотвѣтствія

d) Евангеліе отъ Матѳея гл. 5. ст. 48. «И такъ будьте совершенны, какъ совершенъ Отецъ вашъ небесный».

e) Cic. de legib. I. 8. «Est autem virtus nihil aliud, quam in se perfecta et ad summum perducta natura.»

f) Ср. превосходныя замѣчанія Штaля въ его Philos. d. Rechts, томъ II. отд. 1. стр. 84 и 85.

всего нашего образа мышленія и образа дѣйствія съ началомъ нравственнаго добра. Вотъ почему юридическія обязанности допускаютъ внѣшнее принужденіе, которое невозможно при обязанностяхъ нравственности или добродѣтели (§ 10).

Нѣкоторые принимаютъ еще другія различія между правомъ и моралью, которыя, однакожь, не могутъ считаться ясными, вполнѣ вѣрными. Это относится кромѣ многихъ мнимыхъ различій между этими двумя науками, которыя уже были опровергнуты Аренсомъ, (тамъ же, стр. 281 и слѣд.), также къ нѣкоторымъ положеніямъ Штaля, (тамъ же, III. 196.) Срав. Эберти тамъ же, стр. 18—20.

§ 20.

По видимому противъ отдѣленія естественнаго права отъ философской морали можно бы возразить, что въ человѣкѣ есть только одинъ разумъ, что, слѣдовательно, изъ него должны выводиться однородныя основныя положенія и сужденія касательно одного и того же предмета (т. е. человѣческихъ дѣйствій), такъ какъ обѣ науки относятся къ человѣческимъ дѣйствіямъ и субъективная причина сознанія опредѣленій ихъ заключается въ разумѣ (§ 19.). Но противъ такого возраженія должно замѣтить, что отдѣленіе обѣихъ наукъ основывается только на различіи отношеній и направленій, въ которыхъ человѣческая дѣятельность постигается разумомъ. Такъ, съ одной стороны на первомъ планѣ стоятъ лишь внѣшнія дѣйствія людей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ и столкновеніяхъ; они опредѣляются и обсуждаются только по вопросу: какъ досогласить внѣшнее приложеніе свободы всѣхъ людей для достиженія ихъ жизненныхъ цѣлей и какъ устроить общежитіе ихъ согласно съ природою и цѣлью человѣческихъ жизненныхъ отношеній. Напротивъ съ другой точки зрѣнія, обнимается вся внутренняя и внѣшняя дѣятельность человѣка и приводится къ цѣли его нравственнаго развитія и усовершенство-

ванія. Но это различіе принято не произвольно, а имѣетъ дѣйствительныя основанія, именно: дѣйствительно существующее различіе между внѣшней и внутренней жизнью человѣка, между проявленіемъ дѣйствія и внутренней побудительной причиной воли (при внѣшнихъ дѣйствіяхъ), а также и двоякое значеніе человѣческаго бытія [a]). Ибо должно разсматривать это бытіе, частью, какъ индивидуальное, высшая цѣль котораго высказывается въ нравственности и религіи, частью, какъ принадлежащее къ внѣшнему обществу людей, положеніе и отношенія котораго къ другимъ должны быть опредѣлены правомъ [b]).

§ 21.

Обратимся теперь къ выводамъ изъ отдѣленія права отъ нравственности. Они состоятъ не въ томъ, что право вообще должно быть отдѣлено отъ нравственныхъ идей: такъ Богомъ опредѣленныя жизненныя человѣческія отношенія, которыя должны быть руководящимъ началомъ и мѣриломъ для естественнаго права (§. 14), преимущественно имѣютъ нравственное значеніе; поэтому внѣшній порядокъ человѣческаго общежитія долженъ сообразжаться съ нравственными идеями. Далѣе, они не состоятъ особенно въ томъ, что безнравственное дѣйствіе можетъ сдѣлаться когда-либо обязанностью права, ибо обязанность сдѣлать что нибудь такое, что стоитъ въ противорѣчіи съ причиною всѣхъ обязанностей, именно съ волей Божіей и съ нравственнымъ назначеніемъ людей, не можетъ быть принята на разумномъ основаніи. Но изъ отдѣленія этихъ двухъ наукъ вытекаетъ, конечно, возможность, что дѣйствіе, которое допускается, какъ правомѣрное, или юридическое, можетъ быть однако, въ то же время безнравственнымъ [a]), что бываетъ именно тогда, когда оно, хотя и согласно само по себѣ или вообще съ какимъ нибудь началомъ права, но, или вытекаетъ изъ дурныхъ побужденій, или направлено къ безнравственной цѣли, или противорѣчитъ по особеннымъ обстоятельствамъ даннаго случая гуманности, справедливости, любви къ ближнему, которыя должны приниматься въ соображеніе. Однако изъ этого не происходитъ никакого противорѣчія въ положеніяхъ, или приговорахъ разума [b]). Ибо противорѣчіе есть тамъ, гдѣ утверждаютъ и отрицаютъ одно и тоже, т. е. гдѣ высказываются совершенно противоположныя и несогласныя мнѣнія, но не тамъ, гдѣ что нибудь разсматривается съ различныхъ точекъ зрѣнія, признается разумомъ въ одномъ отношеніи и отвергается имъ въ другомъ [c]). Но въ жизни человѣка должно господствовать единство и согласіе, и его образъ мышленія и дѣйствія долженъ быть проникнутъ весь духомъ нравственности. Отсюда слѣдуетъ въ приложеніи къ праву, что должно подчинять наше право высшимъ требованіямъ нравственности и жертвовать имъ ради этихъ требованій въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мы поступили бы, хотя не

---

§ 20. a) Ср. Шталя, тамъ же, томъ II. отд. 1. стр. 76 и слѣд. и 92 и слѣд.

b) Ср. Россбаха Perioden der Rechtsphilos. § 91.

---

§ 21. a) Quintil. Instit. orat. III. c. 6. «Sunt enim quaedam non laudabilia natura sed jure concessa. . . .» L. 144 pr. D. de regul. jur. (L. 17.) «Non omne, quod licet, honestum est» — Не совсѣмъ согласенъ съ этимъ Аренсъ (тамъ же, стр. 280 и слѣд.), хотя онъ и допускаетъ это въ извѣстномъ отношеніи, стр. 296 и слѣд.

b) Его принимаетъ Шталь (тамъ же, I. стр. 126.) и дѣлаетъ поэтому упрекъ прежнимъ системамъ естественнаго права, хотя онъ самъ (томъ II. отд. 1. стр. 144.) признаетъ какъ нѣчто неизбѣжное, и старается доказать, что объективный порядокъ жизни, т. е. право «должно дозволять и освящать то, что нравственный законъ отдѣльнаго лица, мораль, прямо запрещаетъ ему: безнравственное, эгоистичное.»

c) Ср. Круга Dikäolog. § 6. Прим. 1. стр. 22 и слѣд.

на перекоръ праву, но противъ нравственности. Ибо эти требованія должно ставить тѣмъ выше, что они соотвѣтствуютъ вѣчному назначенію человѣка, именно его нравственному усовершенствованію. — Впрочемъ положительное право можетъ и должно приводить въ связь области права и нравственности, на сколько это возможно, именно, объявляя нормальными посредствомъ законовъ, и тѣмъ самымъ причисляя къ области права такія дѣйствія, которыя сами по себѣ принадлежатъ къ нравственности, но способны къ юридическому опредѣленію [d]), что бываетъ въ такомъ случаѣ, когда это — внѣшнія дѣйствія, которыя по своей природѣ допускаютъ внѣшнее принужденіе, или могутъ быть наказываемы.

§ 22.

2) Политика.

Политика означаетъ, конечно, въ первоначальномъ и обширномъ значеніи слова науку о государствѣ вообще [a]), но въ тѣсномъ и обыкновенномъ смыслѣ подъ политикой разумѣется искусство управленія, или ученіе о государственной мудрости, т. е. наука о пригоднѣйшихъ средствахъ для возможно совершеннаго достиженія государственной цѣли и для содѣйствія общественному благу [b]), обусловленнаго этимъ. По своему направленію, политика бываетъ внѣшняя или внутренняя, смотря по тому, относится ли она къ учрежденіямъ и бытовымъ условіямъ внутри государства, или къ его отношеніямъ извнѣ, т. е. къ другимъ государствамъ. Политика имѣетъ въ томъ отношеніи общій предметъ съ естественнымъ правомъ, что въ обѣихъ наукахъ идетъ рѣчь о государствѣ и о томъ, что должно дѣлаться и достигаться въ немъ и посредствомъ его, или въ его внѣшнихъ отношеніяхъ. Но онѣ отличаются другъ отъ друга: 1) различіемъ сторонъ, съ которыхъ онѣ обнимаютъ общій имъ предметъ, слѣдовательно, своей своеобразной и ближайшей задачей. Между тѣмъ какъ естественное право, на сколько въ немъ идетъ рѣчь о государствѣ, учитъ о цѣли и существѣ его, изслѣдуетъ необходимыя учрежденія государства и всеобщія основныя положенія для его юридическихъ отношеній внутри и извнѣ, политика, напротивъ, занимается изслѣдованіемъ пригоднѣйшихъ средствъ для возможно совершеннаго достиженія цѣли государства и всесторонняго содѣйствія общественному благу. 2) Источниками сознанія, на которыхъ онѣ основываются. Ибо политика не есть чисто философская наука, какъ естественное право, но основывается большей частью и на эмпирическихъ основаніяхъ, такъ какъ годность средствъ для возможно совершеннаго достиженія государственной цѣли и для содѣйствія общему благу обусловливается въ каждомъ государствѣ индивидуальными и эмпирическими обстоятельствами, именно физическими, духовными и нравственными качествами народа, соединеннаго въ извѣстномъ государствѣ, и всею своеобразностію отношеній этого государства. Впрочемъ политика находится въ двоякомъ соотношеніи съ положительнымъ правомъ. Такъ съ одной стороны она имѣетъ, какъ руководящее начало для законодателя (законодательная политика), весьма важное вліяніе на образованіе положительныхъ правъ, такъ что многія опредѣленія и учрежденія ихъ должно выводить не изъ общихъ началъ права, а изъ политическихъ соображеній; съ другой

---

d) Это бываетъ, напримѣръ, при запрещеніи незаконной связи, неестественнаго сладострастія, мученія животныхъ, подъ страхомъ наказанія.

§ 22. a) Ср. Гуго, Lehrb. des Naturr. стр. 6.

b) Ср. Гроса Lehrb. der philos. Rechtswiss. § 53. и Фалька Jurist. Encyklop. § 163. Трокслеръ въ своей Philos. Rechtsl. der Natur und des Gesetzes», стр. 15, 16. и 45. имѣетъ своеобразный взглядъ на политику.

же стороны политика заключаетъ въ себѣ мѣрило для обсужденія цѣлесообразности и нецѣлесообразности положительныхъ опредѣленій и институтовъ права.

Гуго, въ указанномъ сочиненіи, относитъ политику болѣе къ публичному праву, философію же положительнаго права (ср. § 24.) болѣе къ частному праву и думаетъ найти въ этомъ естественнѣйшую границу между обѣими науками. Аренсъ въ введеніи къ своей философіи права § 2. стр. 7 и слѣд. наоборотъ причисляетъ философію положительнаго права къ политикѣ, разумѣя подъ послѣдней вообще историко-философскую часть науки права.

§ 23.

3) О положительномъ правѣ и его наукѣ.

Положительнымъ правомъ называется вообще право, установленное, или принятое фактически и посредствомъ внѣшнихъ опредѣленій. Въ общемъ смыслѣ это выраженіе поэтому обнимаетъ всякое право, опредѣленное вышеозначеннымъ образомъ, въ какомъ-нибудь отношеніи или въ общественномъ соединеніи, слѣдовательно и право между народами въ ихъ взаимныхъ соотношеніяхъ; преимущественно же оно относится къ праву, установленному, или принятому въ государствѣ, и выражаетъ обыкновенно въ такомъ случаѣ національное право вообще [a]), однако оно приложимо также къ праву, установленному въ болѣе тѣсныхъ кругахъ и для извѣстныхъ отношеній (§ 30.)—Положительное право имѣетъ, правда, общій предметъ и общую цѣль съ естественнымъ, именно приведеніе въ порядокъ юридическихъ отношеній между

§ 23. a) Въ этомъ смыслѣ выраженіе «положительное право» совпадаетъ съ римскимъ понятіемъ o jus civile въ обширнѣйшемъ смыслѣ: «quod quisque populus ipse sibi jus constituit», или «jus proprium ipsius civitatis». L. 9. D. de justit. et jur. (I. 1.) и § 1. J. de jure nat. gent. et civ. (I. 2.).

людьми; однако оно отличается отъ него во многихъ отношеніхъ, а именно: 1) по своему основанію. Естественное право основывается на природѣ и назначеніи человѣка и человѣческихъ жизненныхъ отношеній и можетъ сознаваться посредствомъ разума, слѣдовательно, путемъ философскаго изслѣдованія; положительное право, напротивъ, основывается на внѣшнихъ опредѣленіяхъ и фактахъ и можетъ сознаваться поэтому самому лишь эмпирическимъ путемъ, такъ что наука его основывается на историческихъ фактахъ и свидѣтельствахъ [b]). 2) По задачѣ, которую имъ слѣдуетъ разрѣшить. Естественное право должно изслѣдовать коренныя и всеобщія начала права и вывести изъ нихъ съ строгой послѣдовательностью необходимыя слѣдствія и приложенія къ жизненнымъ отношеніямъ; положительное право, напротивъ, должно точнѣе опредѣлить всеобщія начала права съ цѣлію привести ихъ въ исполненіе, согласно съ національными отношеніями и особенностями, примѣнить [c]) ихъ къ разнообразнымъ случаямъ и установить необходимыя внѣшнія формы для юридическихъ сдѣлокъ. При своихъ опредѣленіяхъ, оно вообще должно принять въ соображеніе и поставить обязательнымъ не только то, что вносится строгимъ правомъ и его слѣдствіеми, но и то, что требуется справедливостью,

b) Опредѣленіе юриспруденціи, выставленное въ L. 10. § 2. D. de just. et jur. и § 1. J. eod. (I. 1.): «Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia», конечно переходитъ за границы положительной науки права, такъ какъ оно совпадаетъ въ своей первой части съ опредѣленіемъ sapientia, которое встрѣчается у древнихъ, именно у Cic. de offic. I. 43. и II. 2., de finib. bon. et mal. II. 12., Tuscul. Disputat. V. 3. и у Senec. Epist. 89., и потому болѣе идетъ къ философской, чѣмъ къ положительной наукѣ права.

c) Гегель вѣроятно думаетъ объ этомъ, говоря въ своемъ Naturr. § 3. прим. стр. 7. что естественное, или философское право относится къ положительному, «какъ институціи къ пандектамъ».

нравственностью, цѣлеобразностью и общей пользой (ср. § 12. § 21 и § 22. [d]). 3) По внутренней природѣ и проявленію. Естественное право, разсматриваемое само по себѣ, или по идеѣ, единственно и непреложно въ своихъ высшихъ и самыхъ общихъ началахъ [e]); только его субъ-

d) Всѣ эти соображенія, которымъ должно дать вѣсъ въ положительномъ правѣ, признаются и римскими юристами; напр., мы находимъ слѣдующее о справедливости въ L. 90. D. de regul. jur. (L. 17.) «In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit», и L. 183. D. eod. «Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est»; — о нравственности, въ L. 1. pr. D. de just. et jur. «.... Jus est ars boni et aequi», L. 42. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) и L. 197. D. de regul. jur. «Semper in conjunctionibus non solum, quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit,» L. 15. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) «.... quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est»; — о цѣлесообразности и общей пользѣ въ L. 11. D. de just. et jur. «... quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile .... » L. 51. § 2. D. ad. leg. Aquil. (IX. 2.). «.... Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest....» Напротивъ Эберти въ Versuchen auf dem Gebiete des Naturr. стр. 41 и слѣд. не хочетъ дать соображеніямъ цѣлесообразности значенія момента, вліяющаго на положительное право.

e) Cic. de republ. III. 22. «Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna. .... Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest: nec vero aut per senatum, aut per populum solvi hac lege possumus: neque est quaerendus explanator aut interpres ejus alius: nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes, et omni tempore, una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus; ille legis hujus inventor, disceptator, lator....» и de legib. II. 4. «Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia .... » — § 11. J. de jure nat. gent. et civ. (1. 2.) «Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent ....»

ективное пониманіе и сознаніе образуются весьма разнообразно по различію человѣческихъ взглядовъ и степеней образованія у различныхъ индивидуумовъ и у различныхъ поколѣній и эпохъ, вслѣдствіе чего, съ развитіемъ и образованіемъ человѣческаго духа, оно способно вообще къ дальнѣйшему развитію и усовершенствованію [f]). Положительныхъ правъ, напротивъ, можетъ быть очень много, и въ самомъ дѣлѣ ихъ очень много, потому что каждое самостоятельное государство можетъ и должно создать себѣ собственное право. Многочисленныя положительныя права могутъ быть весьма непохожи другъ на друга, и это бываетъ на дѣлѣ, ибо эмпирическія обстоятельства и отношенія, подъ вліяніемъ которыхъ развивается національное право и которымъ оно должно, по своей задачѣ, по возможности соотвѣтствовать, не вездѣ одинаковы [g]); а такъ какъ эти эмпирическія обстоятельства и отношенія, и то, что называется духомъ времени, измѣняются съ теченіемъ времени, то каждое положительное право подвержено измѣненію [h]). 4) По своему значенію. Положи-

f) Поэтому Шталь въ Philos. des Rechts, T. I. стр. 565 и слѣд. дѣлаетъ несправедливый упрекъ естественному праву, говоря что оно требуетъ права, «которое закончено для всѣхъ временъ, какъ разумно необходимое, и потому не допускаетъ никакого дальнѣйшаго развитія». Этотъ упрекъ относится къ естественному праву не болѣе, не менѣе, чѣмъ къ философіи касательно истины вообще; ибо истина, сама по себѣ, не подчинена никакому измѣненію и не допускаетъ поэтому никакого дальнѣйшаго развитія, что̀, однако, свойственно сознанію истины и наукѣ о ней.

g) Cic. pro Balbo c. 13. « . . . dissimilitudo enim civitatum varietatem juris habeat necesse est . . . . »

h) § cit. J. «. . . . ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.» Ср. и Gellius N. A. XX. c. 1. § 22

тельное право имѣетъ цѣлью устроить юридическія отношенія посредствомъ внѣшнимъ образомъ сознаваемыхъ и обязательныхъ нормъ и, слѣдовательно, содержитъ правила, которыя должно соблюдать во всякомъ случаѣ. Естественное право можетъ найти непосредственное приложеніе въ жизни, лишь въ томъ случаѣ, когда оно служитъ дополненіемъ положительнаго права и прямо не измѣнено имъ. Но съ другой стороны начала естественнаго права, по идеѣ, имѣютъ всеобщую силу (§ 13. примѣч. g) и должны поэтому служить всѣмъ положительнымъ правамъ основой и руководящей нитью [i]). Напротивъ обязательная сила положительнаго права ограничивается обыкновенно тѣмъ государствомъ или отношеніемъ, для которыхъ оно принято и продолжается лишь до тѣхъ поръ, пока не будетъ отмѣнено или измѣнено новыми противоположными нормами права.

§ 24.

4) О философіи положительнаго права.

Философія положительнаго права состоитъ отчасти въ изслѣдованіи всеобщихъ причинъ, которыми должно объяснить образованіе, развитіе и характеръ положительнаго права, отчасти въ изслѣдованіи и обсужденіи разумности этого права [a]). По объему можно различать частную и общую философію положительнаго права, смотря потому, ограничивается ли она извѣстнымъ положительнымъ правомъ, или же обнимаетъ [b]) положительное право, которое имѣетъ и имѣло силу у всѣхъ, или, по крайней мѣрѣ, у большей части цивилизованныхъ народовъ.—Философія положительнаго права имѣетъ, правда, какъ уже показываетъ названіе, общее съ естественнымъ правомъ обсужденіе права, но отличается отъ него, какъ по цѣли, такъ и по образу изслѣдованія. Ибо цѣль ея изслѣдованія состоитъ не въ томъ, чтобы развить коренныя начала права изъ природы и назначенія человѣка и человѣческихъ отношеній, какъ это бываетъ въ естественномъ правѣ, но скорѣе въ разрѣшеніи двоякаго вопроса: 1) какія это всеобщія причины, которыя имѣютъ вліяніе на образованіе, развитіе и дальнѣйшее усовершенствованіе положительнаго права и которыми должно объяснить свойство его? и 2) разумно ли, т. е. согласно ли по своему содержанію съ всеобщими началами права, которыя можно сознавать разумомъ, или съ идеей и требованіями справедливости то, что̀ имѣетъ или имѣло въ дѣйствительности значеніе права? Относительно же образа изслѣдованія, философія положительнаго права отличается отъ естественнаго права тѣмъ, что послѣднее отыскиваетъ философскимъ путемъ первоначальное право (natürliches Recht), не исходя отъ положительныхъ законовъ; первая же, на оборотъ, избираетъ положительное право предметомъ своего разсмотрѣнія и излагаетъ философски этотъ эмпирическій предметъ, отчасти изслѣдуя общія причины, изъ

---

i) Cic. de offic. III. 17. « . . . . jus civile, ductum a natura . . . .» и de legib. II. 5. «Ergo est lex, justorum injustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam; ad quam leges hominum diriguntur . . . .»

§ 24. a) Желая примѣнить ее и къ изслѣдованію цѣлесообразности положительнаго права, (какъ, напр. дѣлаетъ Гросъ въ Lehrb. der philos. Rechtswiss. § 35.), къ ней примѣшиваютъ элементъ, который по крайней мѣрѣ въ томъ отношеніи не принадлежитъ къ философіи, что при этомъ должно принять, какъ мѣрило обсужденія и ученія, основанныя на опытѣ, касательно государственныхъ учрежденій и институтовъ права, и особенныя отношенія народа, о положительномъ правѣ котораго идетъ рѣчь, по его физическому, нравственному и политическому состоянію. Это, слѣдовательно, скорѣе критика положительнаго права съ точки зрѣнія политической. Срав. § 22. и прибавленіе къ этому §.

b) Срав. Венка Lehrb. der Encyklop. der Rechtswiss. § 125.

которыхъ должно выводить его происхожденіе и свойства, отчасти испытуя и обсуждая разумность его содержанія. При первомъ изслѣдованіи философія положительнаго права совпадаетъ нѣкоторымъ образомъ съ его исторіей, но она не занимается, подобно исторіи, отдѣльными лицами и событіями, которыя вліяли на образованіе, развитіе и дальнѣйшее совершенствованіе права, а болѣе обращается къ общимъ причинамъ положительныхъ формъ права, будутъ ли онѣ состоять во внѣшнихъ бытовыхъ условіяхъ и отношеніяхъ, какъ, напр. положеніе страны, качество почвы и климата, устройство государства, образъ жизни націи и ея преимущественное занятіе, торговля между различными народами и т. п., или во внутреннихъ мотивахъ, каковы сознаніе права и характеръ опредѣленной націи или большинства народовъ, степень ихъ образованія, ихъ религіозныя представленія, духъ и направленіе времени вообще [c]).

Гуго принимаетъ философію положительнаго права за равнозначущую съ естественнымъ правомъ, какъ видно уже по заглавію его сочиненія, которое относится сюда: «Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts», и разумѣетъ подъ философіей положительнаго права: «сознаніе разума, выводимое изъ понятій о томъ, что законно (Rechtens sein kann)» (§ 1.). Однако въ этомъ сочиненіи преобладаетъ политическая точка зрѣнія: въ немъ преимущественно испытываются и обсуждаются положенія и институты положительнаго права (большей частью принадлежащіе къ частному праву), по мѣрилу цѣлесообразности или нецѣлесообразности, приводятся доказательства за и противъ нихъ, слѣдовательно противопоставляется выгода и невыгода ихъ. Но въ новое время нѣкоторые и иначе пробовали поставить философію положительнаго права на мѣсто философіи права вообще, или естественнаго права, напр., Фалькъ въ Jurist. Encyklop. § 53. (съ мнѣніемъ котораго нѣкоторымъ образомъ совпадаетъ и мнѣніе Эберти въ его Vers. auf d. Gebiete d. Naturr. стр. 58 и слѣд.), далѣе Пухта Curs. d. Institut. § 32. Противъ его взгляда на философію права, ср. Циллера «Ueber die von Puchta der Darstellung des römischen Rechts zu Grunde gelegten rechtsphilosoph. Ansichten, (Leipz. 1853). стр. 38 и сл.

c) Сочиненіе Монтескьё «de l'esprit des lois (1748.)» особенно примѣчательно для этого направленія философіи положительнаго права. См. и Шталя (loc. cit.) Т. I. стр. 364 и слѣд. касат. понятія о національномъ характерѣ и его вліяніи на образованіе права.

§ 25.

Значеніе и польза естественнаго права.

Философское ученіе о правѣ, или «естественное право» имѣетъ не только научное достоинство, но и практическую пользу. Научное достоинство его состоитъ въ выработываніи яснаго взгляда, какъ на причину и существо права и государства вообще и на внутреннюю природу отдѣльныхъ институтовъ права, соотвѣтствующихъ назначенію людей и человѣческихъ жизненныхъ отношеній, такъ и на права и обязанности, которыя по идеѣ и первоначальнымъ началамъ права, должны принадлежать каждому изъ людей и лежать на каждомъ. Что это сознаніе имѣетъ высокій научный интересъ, явствуетъ уже изъ важности и значенія его предмета, который принадлежитъ къ существеннымъ условіямъ бытія человѣческаго общества и достиженія человѣческихъ цѣлей.

Практическая польза философскаго ученія о правѣ имѣетъ значеніе отчасти нравственное, отчасти политическое, отчасти же собственно юридическое. Въ нравственномъ отношеніи, эта наука, убѣждая насъ въ необходимости права и государства и въ нравственномъ значеніи справедливости, можетъ и должна оживить и укрѣпить въ насъ, съ одной стороны, смыслъ права и справедливости и уваженіе къ законамъ, какъ опорѣ гражданскаго устройства,

и тѣмъ самымъ дать нравственную основу повиновенію гражданъ; съ другой стороны, ведя къ правильной оцѣнкѣ права и справедливости посредствомъ сравненія ихъ, философія права можетъ и должна внушить намъ умѣренное пользованіе нашими правами, ради справедливости (§ 12.), и пожертвованіе этими правами высшимъ требованіямъ нравственности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они пришли бы съ нею въ столкновеніе (§ 21.). —Что же касается далѣе до политической пользы философскаго ученія о правѣ, тѣсно связанной съ нравственной, то оно можетъ и должно охранять насъ отъ политическихъ заблужденій и мечтаній, именно отъ коммунистическихъ и соціальныхъ стремленій [a]), выступившихъ въ новѣйшія времена, давая намъ возможность познавать естественныя и необходимыя условія бытія человѣческаго общества и особенно юридическую основу и природу отношеній собственности и пріобрѣтенія.

§ 26.

Философское ученіе о правѣ доставляетъ положительному праву многообразную пользу, которую можно назвать собственно юридическою; оно, именно, существенно содѣйствуетъ [a]) къ болѣе глубокому сознанію и разумному приложенію положительнаго права, во первыхъ, потому что изслѣдуетъ не только существо права вообще, но также природу и цѣль отдѣльныхъ институтовъ права, необходимыхъ для бытія человѣческаго общества и для достиженія человѣческихъ

§ 25. a) См. Шталя Philos. d. Rechts, Томъ II. отд. 1. стр. 367—376 относительно коммунистически-соціальнаго отрицанія собственности и противъ него; касательно новыхъ соціальныхъ теорій, см. тамъ же, II. 2. стр. 84—102. Аренсъ въ Rechtsphilos. стр. 126 и сл. разсматриваетъ коммунистическія и соціальныя теоріи, «какъ слѣдствіе заблужденій въ развитіи философскаго права».

§ 26. a) Ср. Шталя, ibid. II. I. 2.

цѣлей; во вторыхъ, философія права даетъ мѣрило для обсужденія юридической правды и разумности положительнаго права [b]) и содержитъ въ себѣ главную руководящую нить для его дальнѣйшаго развитія [c]); наконецъ она даже наполняетъ пробѣлы положительнаго права въ непосредственномъ приложеніи его къ жизни, именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, при недостаткѣ ясно выраженнаго или аналогическаго опредѣленія положительнаго права, необходимо слѣдовать тому, что вытекаетъ, какъ прямое слѣдствіе, изъ всеобщихъ основныхъ положеній естественнаго права и изъ внутренней природы жизненныхъ отношеній и институтовъ права [d]). Впрочемъ особенно полезно къ естественному праву присоединять еще сравнительное обозрѣніе положительныхъ законодательствъ [e]): такимъ путемъ дѣлается нагляднѣе отношеніе положительныхъ правъ къ естественному, и изложеніе основаній, на которыхъ положительныя права по временамъ отступаютъ отъ естественнаго права, способствуетъ знанію ихъ сущности.

---

b) Cic. de leg. I. c. 16. «Atqui nos legem bonam a mala nulla alia nisi naturae norma dividere possumus . . . .»

c) Id. de leg. II. c. 24. « . . . . secundum naturam, quae norma legis est.»

d) Срав. Вебера: Von der natürlichen Verbindlichkeit, § 41. Различныя мнѣнія объ этомъ предметѣ смотри у Фалька, Jurist. Encyklop. § 49. и примѣч. 4. относящееся сюда. Въ Австрійскомъ гражданскомъ уложеніи (1811 г.) § 7 положительно установлено, что сомнительные случаи права, по недостатку относящихся сюда опредѣленій закона, должны быть рѣшаемы «по естественнымъ началамъ права.»

e) Это уже считалъ весьма полезнымъ Лейбницъ. Ср. его Monita ad. Sam. Puffendorfii principia, § 1 (въ Opp. Vol. IV. Pars 3. p. 276. изданіе Дутенса.)

ОБЩАЯ ЧАСТЬ,

СОДЕРЖАЩАЯ ОБЩІЯ УЧЕНІЯ О ПРАВѢ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

О ПРАВѢ ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

§ 27.

Различные роды юридическихъ опредѣленій.

Правила, опредѣленія или положенія, касающіяся отношеній или институтовъ права, по своей различной формѣ суть или собственно законы, именно, когда они поставляются, какъ предписанія для внѣшнихъ дѣйствій и отношеній человѣка, или другія юридическія положенія, когда они, не имѣя формы предписаній, содержатъ въ себѣ какое-нибудь юридическое постановленіе, опредѣленіе или рѣшеніе. — Законы же права въ свою очередь, по различію своего содержанія и своего приложенія, бываютъ или повелительные, или запретительные, или дозволительные. Повелительнымъ (Präceptivgesetz) называется такой законъ, который предписываетъ какое-нибудь дѣйствіе, какъ необходимое; запретительнымъ (Prohibitivgesetz) называется такой, который объявляетъ какое-нибудь дѣйствіе недопустимымъ и запрещаетъ его; дозволительнымъ (Permissivgesetz) наконецъ называется такой законъ, который объявляетъ дѣйствіе допустимымъ и предоставляетъ

его на произволъ лицъ (см. прибавленіе къ этому §). Изъ повелительнаго закона слѣдовательно вытекаетъ то, что̀ мы должны дѣлать, изъ запретительнаго — чего мы не должны и не смѣемъ дѣлать, изъ дозволительнаго—что̀ мы можемъ дѣлать. Внѣшнія дѣйствія человѣка, къ которымъ относятся эти законы, по различію ихъ, или юридически необходимы, или юридически не дозволены, слѣдовательно противны праву [a]), или юридически допускаются, слѣдовательно дозволены [b]). Но законъ юридическій можетъ быть и смѣшанный по своему содержанію, то есть можетъ быть частію дозволительный, частію повелительный или запретительный, напримѣръ, когда онъ хотя, дозволяетъ юридическую сдѣлку, но предписываетъ извѣстную форму для того, чтобы она имѣла значеніе, или не допускаетъ при этомъ извѣстныхъ опредѣленій.—Если, впрочемъ, законъ опредѣляетъ наказаніе за нарушеніе его предписанія, то онъ называется уголовнымъ, а дѣйствія, противорѣчащія ему, называются пре-

---

§ 27. a) Если принять въ соображеніе это практически важное различіе между повелительнымъ и запретительнымъ закономъ, то нельзя согласиться съ замѣчаніемъ Савиньи въ Syst. des heut. Röm. Rechts, T. I. стр. 59., что оба рода законовъ отличаются «лишь логической формой подтвержденія и отрицанія», и что это, «само по себѣ, несущественное обстоятельство не можетъ произвести раздѣленія на роды.»

b) Само собою разумѣется, что дозволяются и такія дѣйствія, которыя предписаны закономъ, потому что необходимое должно быть всегда возможно. Но когда противополагаются дозволенныя и юридически необходимыя дѣйствія, то подъ первыми разумѣются только дозволенныя и при томъ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ они предоставлены на произволъ лица. Ср. Гроса: Lehrb. der philosoph. Rechtswiss. § 19.—О возможномъ совпаденіи дозволеннаго и юридически необходимаго въ одномъ и томъ же дѣйствіи, см. § 7.—Варнкенигъ (Rechtsphilos. 368.) съ точки зрѣнія права различаетъ только два рода дѣйствій, именно дозволенныя и недозволенныя или запрещенныя, и къ послѣднимъ относитъ и отрицательно-запрещенныя, «то есть тѣ, противоположное которымъ предписано.»

ступленіями, или, въ случаѣ ихъ маловажности, проступками. Уголовные законы принадлежатъ по своему содержанію или къ повелительнымъ, или, что̀ случается наще, къ запретительнымъ законамъ; впрочемъ нѣтъ надобности, чтобы повелѣніе или запрещеніе выражалось въ нихъ ясно; то и другое можетъ быть предполагаемо c), какъ нѣчто, что̀ само собою вытекаетъ изъ угрозы наказанія за противоположное дѣйствіе.

Нѣкоторые видятъ въ принятіи дозволительнаго закона противорѣчіе, (напр., Гросъ, Lehrbuch § 19. прим. I. и Шталь въ Philos. d. Rechts, I . 130 и слѣд.) по той причинѣ, что законъ, по своему понятію, выражаетъ необходимость, съ необходимостью же не соединимо позволеніе. Но это мнимое противорѣчіе исчезаетъ при ближайшемъ разсмотрѣніи. Ибо, когда законъ дозволяетъ что-нибудь одному лицу (слѣдовательно даетъ ему свободу касательно внѣшнихъ дѣйствій и отношеній къ другимъ), онъ въ тоже время налагаетъ на другихъ, (для кого онъ имѣетъ обязательную силу), какъ необходимое слѣдствіе этого дозволенія, обязанность не мѣшать имѣющему право въ исполненіи того, что̀ ему даровано, или не нарушать дарованныхъ ему правъ; ибо праву одного всегда соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ прочихъ воздерживаться отъ нарушенія этого права, то есть отрицательная обязанность (§ 6 и 7.). Поэтому, слѣдовательно, и въ дозволительномъ законѣ есть необходимость, именно отрицательная; она не стоитъ въ противорѣчіи съ данною свободою, потому что при этомъ свобода и необходимость относятся къ совершенно разнымъ субъектамъ: свобода—къ лицу, имѣющему право, необходимость же ко всѣмъ прочимъ лицамъ, для которыхъ законъ имѣетъ обязательную силу. Такъ какъ прежде всего и непосредственно, дозволительнымъ закономъ опредѣляется возможность или право, и посредственно обязанность, необходимо вытекающая изъ этого права, то при такомъ законѣ является обратное отношеніе повелительнаго и запретительнаго закона; ибо этими двумя законами опредѣляется прежде всего и непосредственно обязанность, и при томъ первымъ положительная, вторымъ отрицательная: право же опредѣляется посредственно, какъ слѣдствіе, такъ какъ оно вытекаетъ изъ опредѣленной закономъ обязанности. Кромѣ собственно дозволительнаго закона, такой повелительный или запретительный законъ, который ограничиваетъ свое предписаніе или запрещеніе извѣстной сферой, должно считать безмолвно дозволительнымъ относительно того, что̀ лежитъ внѣ этой сферы (лишь въ этомъ отношеніи признается нѣкоторыми, напр. Фихте въ Grundlage des Naturrechts, Einleit. № III. стр. 101. прим. *) и Гросомъ (loc. cit), понятіе о дозволительномъ законѣ.—Что же касается до замѣчанія Савиньи (въ указанномъ сочиненіи, I. 59.) о томъ, что въ дозволительныхъ законахъ главное «не дозволеніе, но скорѣе дополненіе недостаточнаго опредѣленія воли», то оно скорѣе относится къ такимъ законамъ, которые называются диспозитивными, или посредствующими, или гипотетическими (§ 32). Не всегда примѣнимо и слѣдующее затѣмъ замѣчаніе: «дозволеніе могло бы вообще имѣть смыслъ лишь относительно предполагаемаго запрещенія.» Ибо, не говоря уже объ естественныхъ началахъ права, на которыхъ основываются первоначальныя или прирожденныя права людей, могутъ, конечно, образоваться новые институты права посредствомъ положительныхъ законовъ, и этимъ самымъ установиться новыя права, безъ всякаго отношенія къ предполагаемому запрещенію. Важное доказательство этого содержитъ L. 120. D. de verb. signif. (L. 16): «Verbis legis duodecim Tabularum his: **Uti legassit suae rei, ita jus esto,** latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. . . .» Вообще у римскихъ юристовъ очень часто идетъ рѣчь о законахъ, которые что нибудь дозволяютъ, напр., Gaj. Inst. I. § 67. 71. 173. 178 и 180. II. § 224. IV. § 25. Paul. Sent. II. 26. § 1. L. 7. D. de leg. (см. прим. c), L. 4. § 1. и L. 45. § 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.). L. 237. D. de veb. signif.

c) Сравн. Фалька, Jurist. Encyklop. стр. 27. прим. 31. Этимъ, можетъ быть, объясняется то, что въ L. 7. D. de leg. (I. 3.) «punire» принимается особымъ видомъ дѣйствія закона: «Legis virtus haec est: imperare, vertare, permittere, punire.»

§ 28.

Высшій, или самый общій юридическій законъ.

Нельзя линайти въ естественномъ правѣ высшій, или самый общій законъ, который бы служилъ основою для обсужденія правомѣрности или неправомѣрности нашихъ внѣшнихъ дѣйствій и который бы можно поставить во главѣ этой науки? Этотъ вопросъ, конечно, рѣшается утвердительно [a]), однако необходимо принять условіе, что этимъ закономъ можетъ опредѣляться не предметъ, но только форма нашихъ внѣшнихъ дѣйствій и ихъ отношеніе къ юрическому порядку вообще [b]); ибо содержаніе и предметъ ихъ могутъ быть весьма различны и видоизмѣняться до безконечности. По этому взгляду высшій, или самый общій законъ можетъ выражаться или какъ дозволительный, или какъ повелительный, или какъ запретительный [c]). Дозволительный можно выразить въ такой формѣ: ты можешь дѣлать какое угодно употребленіе своей внѣшней свободы, на сколько это только согласимо съ правами всѣхъ другихъ и съ порядкомъ человѣческаго общества; форма повелительнаго закона слѣдующая: ты долженъ такъ устроить или такъ ограничить употребленіе своей внѣшней свободы, чтобы оно было согласимо съ правами всѣхъ другихъ и съ порядкомъ

---

§ 28. a) Нѣкоторые прямо отвергали возможность найти общій основной законъ естественнаго права. Таковы Грибнеръ и Франке. Ср. Шмаусена исторію естественнаго права, (въ его Systema des Rechts d. Nat. 1754.) стр. 318.

b) Ср. Круга, Dikäologie § 20.

c) Варнкенигъ (Rechtsphilos. стр. 202) думаетъ, что высшій юридическій принципъ долженъ быть «разсматриваемъ вмѣстѣ какъ дозволительный законъ и какъ предписаніе». Но на вопросъ: почему же не какъ запрещеніе? мы не находимъ отвѣта, хотя авторъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 225.) различаетъ относительно закона справедливости то, что само по себѣ «дозволено, предписано или запрещено.»

человѣческаго общества; запретительный законъ говоритъ: ты не долженъ и не смѣешь дѣлать такого употребленія своей внѣшней свободы, которое было бы несогласимо съ правами другихъ и съ порядкомъ человѣческаго общества. Изъ этого различія формы высшаго закона, однако, не вытекаетъ различія въ его содержаніи. Ибо въ дозволительномъ законѣ, по которому можно дѣйствовать лишь при извѣстномъ условіи, или ограниченіи, какъ это видно изъ первой формулы высшаго закона, заключается въ то же время предписаніе, ограничивать свою дѣятельность этимъ условіемъ, а также
запрещеніе—не предпринимать ничего такого, что несог-
ласимо съ этимъ условіемъ. Съ другой стороны въ повелитель-
номъ и запретительномъ законахъ, которые, какъ видно изъ
второй и третьей формулы высшаго закона, ограничиваютъ свои
предписанія или запрещенія извѣстною мѣрой или отношені-
емъ, есть въ тоже время дозволеніе относительно того,
что не противорѣчитъ этой мѣрѣ или этому отношенію. Поэто-
му все равно, въ какую изъ этихъ трехъ формъ ни облекать
высшій законъ.

Въ Римскомъ правѣ, именно въ L. 10. § 1. D. de
justit. et jur. (I. 1.) и § 3. J. eod. (I. 1.) пос-
тавляются слѣдующія три главныя предписанія права (juris
praecepta): «Honeste vivere, alterum non laedere,
suum cuique tribuere». Касательно различныхъ тол-
кованій этого см. Шиллинга Lehrb. für Institut. und Gesch.
des Röm. Privatr. Томъ II. § 7. Иначе понимаетъ ихъ
Савиньи въ Syst. des heut. Röm. Rechts, томъ I. стр. 407;
онъ думаетъ что это—не юридическія правила, «но скорѣе
нравственныя предписанія, служащія основой юридическимъ
правиламъ». Странно объясняетъ ихъ Кантъ въ Metaphys.
Anfangsgr. d. Rechtsl. Стр. 43. и слѣд.—Самъ же онъ выстав-
ляетъ тамъ же, стр. 34. слѣдующее, какъ всеобщій за-
конъ: «поступай внѣшнимъ образомъ такъ, чтобъ свобод-
ное употребленіе твоего произвола могла бы существо-
вать рядомъ съ свободою каждаго, по общему закону».
Касательно разнообразныхъ измѣненій поставленнаго имъ

общаго закона, принятыхъ различными его послѣдователями (однако большею частію въ одномъ способѣ выраженія), см. Варнкёнига, loc. cit. Стр. 146 и слѣд. Россбаха, Period. der Rechts-Philos. Стр. 188 и слѣд. Способъ, посредствомъ котораго Рёдеръ (въ Grundz. des Naturr., стр. 32) хочетъ выразить высшій законъ, содержитъ скорѣе требованіе отъ человѣчества которое должно быть правомъ, чѣмъ начало, выведенное изъ существа права.

§ 29.

Необходимость положительнаго права вообще и его отношеніе къ естественному праву.

Для точнаго опредѣленія и утвержденія юридическихъ отношеній, необходимо положительное право не только въ каждомъ государствѣ, но и между различными народами въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Одно естественное право было бы недостаточно для потребностей жизни по слѣдующимъ причинамъ: 1) безъ внѣшняго выраженія содержащихся въ немъ положеній права, недоставало бы общаго, полнаго и согласнаго сознанія его; 2) изъ естественнаго права вытекаютъ только общія положенія права съ ихъ слѣдствіями, а потому безъ положительнаго права недоставало бы точнѣйшихъ опредѣленій, необходимыхъ для того, чтобы разнообразные отношенія и институты права были выяснены болѣе точно и полно; безъ этого же невозможно строгое отправленіе правосудія; такія опредѣленія могутъ быть различны по различію народовъ и временъ и должны соотвѣтствовать своеобразности ихъ; 3) выводы, дѣлаемые съ строгой послѣдовательностію изъ началъ естественнаго права, приходятъ иногда въ дѣйствительной жизни въ столкновеніе съ тѣми началами, которыя также должны уважаться въ человѣческихъ жизненныхъ отношеніяхъ, каковы, напр.: нравственность, справедливость, цѣлесообразность, общая польза.—По этому задача положительнаго права извѣстнаго народа (о чемъ мы уже упомянули въ § 23.) состоитъ въ слѣдующемъ: точно опредѣлить всеобщія основныя положенія естественнаго права сообразно съ національными бытовыми условіями, потребностями и интересами; дать необходимыя учрежденія и внѣшнія формы для хода дѣлъ и для вѣрнаго приложенія права, а вмѣстѣ съ тѣмъ связать съ нормами права то, что соотвѣтствуетъ соображеніямъ справедливости, нравственности, цѣлесообразности и общей пользы; поэтому необходимо не только измѣнять опредѣленія естественнаго права въ тѣхъ случаяхъ и отношеніяхъ, гдѣ они сталкиваются съ указанными соображеніями, но и вводить въ юридическую жизнь такіе институты, которыхъ нельзя вывести изъ естественнаго права, но которые, по означеннымъ соображеніямъ, представляются пригодными [a]).—Изъ этой задачи и опредѣленія положительнаго права въ тоже время явствуетъ преимущество его надъ естественнымъ правомъ относительно непосредственнаго приложенія къ жизни. (§ 23. № 4) [b]).

---

§ 29. a) Ульпіанъ (L. 6. pr. D. de justit. et jur. I. 1.) слѣдующимъ образомъ выражаетъ отношеніе положительнаго (національнаго) права къ естественному и общему: «Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus.» Впрочемъ и римскіе юристы принимали, что нѣкоторыя естественныя отношенія не могутъ быть уничтожены или измѣнены никакимъ положительнымъ правомъ. Gaj. Inst. I. § 158. L. 8. D. de regul. jur. (L. 17.) L. 8. D. de cap. minut. (IV. 5.) «. . . . . civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.» Болѣе подробное изслѣдованіе о томъ, можетъ ли и въ какой степени естественное право измѣняться положительнымъ, см. въ сочиненіи Вебера: Von den naturl. Verbindlichkeit § 57 и 58. также Глюка: Erläut. der Pandect. I. § 18.

b) Выраженія римскихъ юристовъ объ этомъ находятся въ Gaj. Inst. I. § 83—86. L. 24. D. de statu hom. (I. 5.) и L. 31. pr. D. depos. XVI. 3.)

§ 30.

Источники положительнаго права. А) Вообще.

Положительное право вообще основывается на внѣшнихъ опредѣленіяхъ и фактахъ (§ 23.). Но эти общіе источники положительнаго права могутъ быть весьма разнообразны по своему происхожденію и по объему своего приложенія. Такъ въ государствѣ, гдѣ, по его цѣли и природѣ, должна быть законодательная власть, весьма важнымъ источникомъ положительнаго права, свойственнымъ государственному союзу, служатъ законы ,исходящіе отъ этой власти. Но рядомъ съ ними образуются нравами и обычаями, выходящими изъ національнаго юридическаго сознанія, самостоятельныя нормы права, совокупность которыхъ называется обычнымъ правомъ. Далѣе корпораціи, общины или другіе союзы, на сколько это допустимо устройствомъ государства, могутъ опредѣлять то, что должно быть правомъ въ ихъ отношеніяхъ, посредствомъ распоряженій и рѣшеній, и такое право спеціально называется статутами (statutarisches Recht). Этого рода право, однако, ограничивается въ своемъ приложеніи членами извѣстнаго союза и тѣми, которые хотятъ войти въ сношенія съ ними. Далѣе, вслѣдствіе волиотдѣльныхъ лицъ, (въ формѣ взаимнаго договора или одностороннихъ распоряженій), можетъ опредѣляться то, что̀ должно служить правомъ въ ихъ частныхъ дѣлахъ, на сколько это позволяется относящимися сюда законами (§ 32); конечно такія установленія имѣютъ силу только въ кругѣ частныхъ дѣлъ, на устройство которыхъ объявляющіе свою волю имѣютъ право. Наконецъ должно причислить къ нормамъ положительнаго права судебныя рѣшенія юридическихъ споровъ. Эти рѣшенія, по своему существу, конечно не столько установляютъ новое право, сколько прилагаютъ къ спорнымъ случаямъ

уже существующее право; но такъ какъ все, что̀ признано ими правомъ, принимается за истину [a]), и юридическія отношенія между спорящими опредѣляются ими на будущее время, то подобныя рѣшенія должны причисляться къ нормамъ положительнаго права для опредѣленныхъ случаевъ—Внѣ государства, или за его границами, то есть главнымъ образомъ во взаимныхъ отношеніяхъ народовъ, которые не подчинены общему главѣ, можетъ образоваться положительное право: оно является частію вслѣдствіе договоровъ и соглашеній, обязательныхъ однако только для тѣхъ народовъ, которые заключили эти договоры, или же присоединились къ нимъ; частію же вслѣдствіе обычая и приложенія [b]). Нормы для взаимныхъ юридическихъ отношеній народовъ, вытекающія изъ послѣдняго основанія, называются спеціально практическимъ международнымъ правомъ [c]). Между этими различными источниками положительнаго права, первое мѣсто занимаютъ законы и обычное право, а потому они заслуживаютъ особеннаго разсмотрѣнія.

Савиньи, (Syst. des heut. Röm. Rechts, Томъ I. Стр. 11 и слѣд.), принимаетъ въ болѣе тѣсномъ смыслѣ понятіе объ источникахъ права, разумѣя подъ ними лишь «основанія происхожденія общаго права, слѣдовательно, какъ институтовъ права, такъ и отдѣльныхъ юридическихъ правилъ, выводимыхъ изъ нихъ посредствомъ отвлеченія»; онъ отличаетъ отъ нихъ основанія происхожденія отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, напр. договоры; ибо «если договоры и законы поставить на одну линію, какъ источники права, то это поведетъ къ смѣшенію понятій». Однако нельзя

---

§ 30. a). Сюда относится основное положеніе Римскаго права: «Res judicata pro veritate accipitur.» L. 207. D. de regul. jur. (L. 17.)

b) Ср. Фалька Jurist. Encyklop. § 136.

c) Bülau Quaestionum ad jus gentium pertinentium Spec. I. (Lips. 1854.) p. 5. Впрочемъ другіе принимаютъ это выраженіе, какъ равнозначущее съ положительнымъ международнымъ правомъ вообще, въ противоположность естественному. См. Фалькъ, loc. cit. § 135.

такъ рѣзко проводить различіе между законами и договорами относительно ихъ содержанія и приложенія. Ибо отдѣльныя юридическія отношенія могутъ быть установлены съ одной стороны непосредственно законами, слѣдовательно, безъ помощи другаго фактическаго основанія происхожденія, именно посредствомъ privilegia или personales constitutiones, § 6. J. de jure nat. gent. et civ. (I. 2) и L. 1. § 2. D. de constitut. princ. (I, 4); съ другой стороны, когда договорами установляется нѣчто другое, а не то, что̀ вводится общимъ предписаніемъ права, то договоры полулучаютъ характеръ не только источника юридическаго отношенія, но также источника права, такъ какъ иначе они могли бы содержать въ себѣ только соотвѣтствующее общему праву, а не уклоненія отъ него. Такъ должно понимать выраженіе въ L. 1. §. 6. D. depos (XVI. 3.): «contractus legem ex conventione accipiunt». Конечно, это особенное право имѣетъ значеніе только для договорившихся сторонъ; но точно разграничивши, по ихъ приложенію, договоры и общіе законы, легко избѣжать возможнаго смѣшенія понятій. Сверхъ того, исключивши договоры изъ ряда источниковъ права, мы лишимъ международное право одного изъ самыхъ важныхъ основаній его.—Далѣе, одностороннія распоряженія, какъ напр. послѣднія изъявленія воли, имѣютъ природу и силу спеціальныхъ нормъ права; на это указываютъ слѣдующія слова XII таблицъ: «Uti legassit.... ita jus esto»; особенно же это ясно изъ того, что иначе законный порядокъ наслѣдованія сохранялъ бы силу и прилагался бы въ тѣхъ случаяхъ, когда сдѣлано завѣщаніе, чего, какъ извѣстно, не бываетъ. И судебнымъ рѣшеніямъ, по Римскому праву (именно при спорахъ касательно личнаго состоянія человѣка), приписывается сила созданія права, L. 25. D. de statu hom. (I. 5.) «Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur», L. 3. pr. D. de agnosc. et alend. lib. (XXV. 3.). «.... Placet enim ejus rei judicem jus facere». Было установлено, что императорскія рѣшенія спорныхъ случаевъ имѣютъ силу закона. L. 1. § 1. D. de constitut. princ. «Quodcunque igitur Imperator .... cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est, ... legem esse constat».—Впрочемъ и другіе римскіе писатели прямо причисляютъ какъ договоры, такъ и судебныя рѣшенія, къ источникамъ

положительнаго права, именно Цицеронъ de invent. II. c. 22 и 54. Auct. ad Herenn. II. c. 13. и Quintil. Institut. orat. VII c. 4. § 5 и 6. «Justum omne continetur natura, vel constitutione .... Constitutio est in lege, more, judicato, pacto.»

§ 31.

B). Въ особенности: 1) о законахъ.

Законами въ строгомъ юридическомъ смыслѣ называются ясно выраженныя предписанія высшей государственной власти о томъ, что̀ должно имѣть силу права въ государствѣ и что̀ вообще должно быть исполнено для достиженія его цѣлей [a]). По содержанію и по отношенію къ другимъ опредѣленіямъ права, законы суть либо всеобщіе, когда они опредѣляютъ то, что̀ должно имѣть силу общаго правила, либо особенные, когда они направлены на отдѣльные случаи, лица и вещи или содержатъ какое-нибудь исключеніе изъ всеобщихъ законовъ, или обыкновенныхъ предписаній права.—Касательно дѣйствія законовъ прилагается общее правило, хотя и не безъ извѣстныхъ исключеній (§ 32.), что они имѣютъ обязательную силу для каждаго, потому что государство не могло бы существовать безъ обязательныхъ юридическихъ нормъ или предписаній, касающихся юридическихъ отношеній и юридическаго порядка; государственной верховной власти необходимо принадлежитъ право опредѣлять и высказывать то, что̀ должно имѣть силу права въ государствѣ, и что̀ должно вообще происходить для достиженія цѣлей его. Внутреннее отрица-

---

§ 31 a) Въ болѣе обширномъ, хотя менѣе точномъ смыслѣ выраженіе о законѣ прилагается и къ другимъ государственнымъ объявленіямъ правительства, которыя не имѣютъ прямо характера предписаній для подданныхъ; такъ, наприм., объявляется во всеобщее свѣдѣніе о новой финансовой мѣрѣ, новомъ учрежденіи въ странѣ и т. п. Ср. статью Гюнтера о законѣ. (Вейске, Rechtslexicon, IV. 695.).

тельное условіе обязательной силы закона состоитъ въ томъ, чтобы его содержаніе не оскорбляло высшихъ нравственныхъ или религіозныхъ предписаній [b]), а внѣшнія положительныя условія обязательной силы закона состоятъ въ конституціонномъ актѣ установленія закона и въ публичномъ объявленіи (обнародованіи или публикаціи [c]) его [d]). Пуб-

---

b) Иначе разсуждаетъ объ этомъ Шталь въ Philos. d. Rechts, томъ II. Отд. 2. стр. 183. (3 изданіе). Уже въ древности встрѣчается справедливое мнѣніе, что не все то, что опредѣляется закономъ, правосообразно, или заслуживаетъ имени права. Cic. de legib. I. 15. «Jam vero illud stultissimum, existimare omnia justa esse, quae sita (по др. чтенію: scita) sint in populorum institutis aut legibus . . . .» II. 5. «. . . . Ex quo intelligi par est, eos, qui perniciosa et injusta populis jussa descripserint, ... quidvis potius tulisse, quam leges: ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam justi et juris legendi . . . . Quid? quod multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen attingunt, quam si latrones aliqua consessu suo sanxerint . . . .» Augustin. de civit. Dei XIX. 21. «. . . . non enim jura dicenda sunt vel putanda iniqua hominum constituta: cum illud etiam ipsi jus esse dicant, quod de justitiae fonte manaverit».—Въ Римскомъ правѣ прямо отрицается всякое значеніе покрайней мѣрѣ тѣхъ императорскихъ рескриптовъ, которые противорѣчатъ праву, имѣющему общую силу, или общественному благосостоянію, или которые нарушаютъ право другаго. L. 2. (или 1.) и 3. Th. C. de divers. rescript. (I. 2.) L. 7. J. C. de precib. Imperatori offer. (I. 19.) и L. 6. C. si contra jus vel util. publ. (I. 22.).

c) Пухта въ Curs. d. Institut. § 17. различаетъ два выраженія: Promulgation и Publication, разумѣя подъ первымъ «конституціонное выраженіе юридическаго положенія», подъ публикаціей же «объявленіе о немъ» Но у Римлянъ legem promulgare значило объявлять законъ; это выраженіе встрѣчаемъ, правда, въ періодъ императоровъ, а не въ классическомъ языкѣ. Ср. L. 8. C. de legib. (I. 14.) и prooem. I. § 1. in f.

d) Замѣчательно, что публикація закона въ нѣкоторыхъ странахъ, какъ въ Англіи и С. Америкѣ, разсматривается не какъ необходимое условіе его приложенія, но какъ полезное прибавленіе. Ср. Блюме Encyklop. § 12. стр. 29.

ликація можетъ воспослѣдовать въ различной формѣ [e]), но во всякомъ случаѣ должна быть такова, чтобы всякій, для котораго законъ долженъ имѣть обязательную силу, могъ имѣть достаточныя свѣдѣнія объ его существованіи и содержаніи, непосредственно изъ самаго закона, или посредственно, обращаясь къ юристу. При этомъ предположеніи, конечно никто въ государствѣ не можетъ отговариваться незнаніемъ закона, ибо каждый гражданинъ долженъ интересоваться юридическими нормами государства, по которымъ онъ долженъ жить и судиться. Впрочемъ положительныя права, сознавая это начало [f]), постановили, въ видахъ справедливости, нѣкоторыя измѣненія и исключенія, различныя по объему для различныхъ классовъ лицъ, къ которымъ эти исключенія прилагаются [g]).

§ 32.

Однако правило объ обязательной силѣ законовъ (§ 31.) имѣетъ извѣстныя границы въ своемъ приложеніи сообразно съ различнымъ содержаніемъ и цѣлью законовъ. Такъ это правило прилагается въ полной строгости (т. е., необходимо слѣдовать безусловно законному опредѣленію, и частный произволъ не допускается ни въ какихъ особенныхъ

---

e) Нѣкоторыя историческія замѣчанія объ этомъ встрѣчаются у Блюме, ibidem.

f) L. 9. pr. D. de jur. et fact. ignor. (XXII. 6.) «Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere». L. 12. C. eod. (I. 18.) «Constitutiones Principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus». Ср. и Всеобщее Уложеніе для Прусскаго государства (1791 г.), Введ. § 16. и Австр. Гражд. Уложеніе, Введ. § 2.

g) Ср. напр. L. 9. pr. и § 1. D. eod. L. 1. 3. 11. и 13. C. eod. L. 6. и 8. C. qui admitti ad bono possess. poss. (VI. 9.) — Подробности касат. этого см. у Савиньи, Syst. d. heut. Röm. Rechts, T. III. стр. 429—440.

случаяхъ) только относительно повелительныхъ или запретительныхъ законовъ, которые поэтому называются абсолютными. Оно не имѣетъ, напротивъ, никакого приложенія въ дозволительныхъ законахъ (см. прибав. къ § 27.), такъ какъ здѣсь отъ воли лица зависитъ пользоваться данными ему закономъ правами, или нѣтъ. Оно имѣетъ случайное приложеніе при такихъ законахъ, которые опредѣляютъ отношенія частнаго права лишь для того, чтобъ существовала норма рѣшенія при спорѣ или сомнѣніи въ этихъ случаяхъ, но не исключаютъ, однако, произвола заинтересованныхъ лицъ, которыя могутъ принять и другое опредѣленіе, долженствующее имѣть силу въ спорномъ случаѣ. Такіе законы называются или диспозитивными, такъ какъ они опредѣляютъ только дѣйствія права, лежащія въ природѣ отношеній [a]), или посредствующими, такъ какъ они дополняютъ то, что̀ въ встрѣчающихся случаяхъ не опредѣлено строго волею участника и даютъ юридическому отношенію необходимую опредѣленность [b]), или же гипотетическими, ибо они требуютъ не безусловнаго подчиненія, но должны прилагаться лишь въ томъ случаѣ, когда воля заинтересованныхъ сторонъ не опредѣлила иначе юридическаго отношенія [c]). Къ этому роду принадлежитъ большая часть законовъ гражданскихъ, хотя и между ними, конечно, есть абсолютные, слѣдовательно совершенно независящіе отъ личнаго произвола, именно всѣ тѣ законы, которыхъ повелѣніе или запрещеніе основывается на болѣе общихъ и высокихъ соображеніяхъ, какъ то: на укрѣпленіи юридическаго порядка, или общаго блага, или нравственности [d]).

§ 32 a) Срав. Фалька, Jurist. Encyklop. § 18. стр. 28.

b) Срав. Савиньи, loc. cit. T. I. стр. 57 и слѣд.

c) Срав. Гюнтера, приведенная въ § 31. пр. a) статья, стр. 698 и слѣд.

d) Для такихъ правилъ частнаго права, вызываемыхъ общественнымъ интересомъ или соображеніемъ общаго блага, употребляется въ Римскомъ правѣ выраженіе jus publicum (слѣдовательно тоже выраженіе, которое означаетъ и государственное право § 17. пр. c) и постановляется: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.» или «Privatorum conventio juri publico non derogat.» L. 38. D. de pact. (II. 14.) и L. 45. § 1. D. de reg. jur. (L. 17.)

§ 33.

Сила закона, если не опредѣленъ ему какой либо ограниченный кругъ дѣйствія, простирается на всю область государства и наступаетъ обыкновенно тотчасъ послѣ публикаціи закона; позднѣйшій срокъ, съ котораго начинается его приложеніе, долженъ быть опредѣленъ или въ самомъ законѣ, или при его публикаціи, или посредствомъ общаго постановленія въ извѣстномъ государствѣ [a]). Поэтому новый законъ, самъ по себѣ, (если въ немъ прямо не выражено противуположное), не имѣетъ обратной силы, т. е. онъ неприложимъ къ фактамъ или отношеніямъ, которые возникли еще до его публикаціи и которые должно разсматривать, какъ совершившіеся факты [b]). Но это основное положеніе измѣняется, когда новый законъ имѣетъ характеръ рѣшенія или объявленія относительно прежняго права, т. е. когда онъ только разрѣшаетъ до тѣхъ поръ сомнительный юридическій вопросъ или объясняетъ неясный или двусмысленный законъ; причемъ необходимо предполагается, что объясняющій законъ не даетъ но-

§ 33. a) Примѣры этого приводитъ Блюме въ своей Encyklop. стр. 30.

b) Это положеніе принято въ Римскомъ правѣ, напр. L. 7. C. de legib. (I. 14). «Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.» Но въ своемъ приложеніи, общее правило иногда сопряжено съ трудностями, особенно когда обсуждаемый случай относится не къ одному моменту, а къ нѣсколькимъ, когда въ промежуткѣ ихъ является новый законъ, получающій силу. Ср. касательно этого Глюка, Erläut. d. Pandect. Ч. I. § 21. стр. 138 и слѣд. и Пухта, Curs. d. Institut. § 17.

ваго опредѣленія, котораго бы нельзя было вывести по правиламъ истолкованія закона [c]).—Сила закона продолжается обыкновенно лишь до тѣхъ поръ, пока онъ не измѣняется или не отмѣняется новою нормой права, за исключеніемъ того случая, когда законъ или изданъ на извѣстное время и это время прошло, или когда онъ по своему предмету, или цѣли только преходящій, или когда условіе его дальнѣйшей приложимости уничтожается само собой съ перемѣной временныхъ обстоятельствъ и жизненныхъ отношеній [d]). Напротивъ законъ не теряетъ своей силы [e]) только оттого, что исчезло съ теченіемъ времени основаніе, на которомъ первоначально основывалось его опредѣленіе, если только законъ не стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ измѣнившимися обстоятельствами времени.

c) Глюкъ (loc. cit. Ч. I. стр. 145 и сл.) приводитъ и принимаетъ еще нѣсколько исключеній. Полное изслѣдованіе касательно временныхъ предѣловъ закона можно найти у Савиньи, loc. cit. Томъ VIII. § 383—400.

d) Замѣчательны по этому поводу слова юриста Sext. Caecilius въ его разговорѣ съ философомъ Favorinus у Gell. N. A. XX. c. 1. § 22 и 23: «Non enim profecto ignoras, legum opportunitates et medelas, pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti: neque uno statu consistere, quin, ut facies coeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur. Quid salubrius visum est rogatione illa Stolonis jugerum de numero praefinito? Quid utilius plebiscito Voconio de coërcendis mulierum hereditatibus? Quid tam necessarium existimatum est propulsandae civium luxuriae, quam lex Licinia, et Fannia, aliaeque item leges sumtuariae? Omnia tamen haec obliterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis.»

e) Это обыкновенно выражается такъ: lex semper loqui praesumitur. Къ этому можно отнести изреченіе въ L. 21. D. de legib. (I. 3.): «Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.»

§ 34.

2) Объ обычномъ правѣ [a]).

Обычнымъ правомъ, или обычаемъ называется вообще то право, которое развилось и мало по малу утвердилось сознаніемъ, обычаемъ и употребленіемъ. Оно принадлежитъ не только къ источникамъ права, имѣющаго силу въ государствѣ или въ извѣстныхъ кругахъ его (то есть права государственнаго и частнаго), но служитъ источникомъ и международнаго права (§ 30).—Обычное право, въ отношеніи къ государству и какъ источникъ права, имѣющаго силу въ немъ, можетъ образоваться различно, но главныя формы такого образованія суть: 1) одинаковыя дѣйствія, истекающія изъ общаго сознанія, то есть юридическихъ убѣжденій народа или извѣстныхъ классовъ гражданъ; такое право называется народнымъ (Volksrecht) или по преимуществу обычнымъ [b]); 2) однообразные судебные акты (судебный обычай) [c]), ко-

§ 34. a) Между относящимися сюда сочиненіями должно особенно замѣтить: Г. Ф. Пухта, das Gewohnheitsrecht, 2 части, Эрлангенъ. 1828 и 1837.

b) У Cic. Top. c. 5 и 7 оно называется просто mos, но въ Orat. parit. 37. mos majorum, далѣе de invent. II. c. 22 и 54. consuetudinis jus и consuetudine jus. Касательно другихъ различныхъ названій его, встрѣчающихся въ Римскомъ правѣ, см. Шиллинга, Lehrb. für Institut. Томъ II. § 12. — Убѣжденіе права, лежащее въ основаніи обычнаго права (т. н. opinio necessitatis), означается иногда словомъ ratio, напр. L. 39. D. de leg. (I. 3) и L. 1. C. quae sit longa consuet. (VIII. 53.) но еще чаще другими выраженіями, относящимися къ безмолвному соглашенію народа, напр. tacitus consensus populi или omnium, Ulp. Fr. praef. § 4.—§ 11. J. de jur. nat. gent. et civ. (I. 2.) L. 32. § 1. D. de leg., также tacita civium conventio. L. 35. D. eod.

c) Савиньи въ Syst. d. heut. Röm. Rechts, Томъ 1. стр. 97. хочетъ ограничить это выраженіе лишь «истиннымъ обычнымъ правомъ, сдѣлавшимся извѣстнымъ посредствомъ судейскихъ изреченій».

торые выражаются или въ одинаковыхъ судебныхъ рѣшеніяхъ по одинаковымъ юридическимъ случаямъ (матеріальный судебный обычай) [d]), или въ равномѣрно соблюдаемой процедурѣ суда (формальный судебный обычай) [e]); 3) мнѣнія законовѣдовъ, сдѣлавшіяся господствующими (право юристовъ) [f]). По своему внѣшнему объему, обычное право въ государствѣ бываетъ либо общее, либо частное, смотря потому, простирается ли оно на всю область государства и на всю націю, или же ограничивается извѣстными провинціями, извѣстными классами гражданъ, опредѣленными судами или другими присутственными мѣстами и корпораціями. Если оно сдѣлалось господствующимъ въ извѣстныхъ мѣстностяхъ, то называется мѣстнымъ обычнымъ правомъ; для обычнаго права извѣстнаго класса лицъ, напротивъ, употребляется выражаніе «Observanz» [g]).

Юристы могутъ различнаго рода дѣятельностью имѣть вліяніе на дальнѣйшее развитіе положительнаго права; частью посредствомъ научной обработки его, частью же практически въ судѣ или внѣ суда, напр., давая свои мнѣнія или юридическія поясненія касательно сомнительныхъ случаевъ. Послѣдній родъ дѣятельности не подразумѣвается подъ словомъ «научное право», которымъ Савиньи (loc. cit. I. стр. 49) обозначаетъ созданіе права юристами; съ другой стороны, это выраженіе можно также хорошо приложить къ праву, образовавшемуся посредствомъ философскаго развитія и изслѣдованія общихъ идей права, слѣдовательно къ естественному праву. — Но положительное право, образовавшееся подъ вліяніемъ юристовъ, должно причислить къ обычному праву, потому что мнѣнія ихъ, хотя и вполнѣ справедливыя и соотвѣтствующія жизненнымъ отношеніямъ, все-таки имѣютъ сами по себѣ только внутреннее и научное достоинство, но отнюдь не внѣшнюю силу и, слѣдовательно, имъ недостаетъ существеннаго характера положительныхъ нормъ права; эти мнѣнія получаютъ такой характеръ только тогда, когда они рѣшительно признаются и довольно долго одинаково прилагаются въ юридической жизни (§ 35). И у Римлянъ во время республики право юристовъ разсматривалось, какъ видъ обычнаго права. L. 2. § 6. in f. D. de orig. jur. (I. 2.). Но во времена императоровъ было постановлено, что взглядъ и мнѣнія тѣхъ юристовъ, которымъ императоръ придалъ авторитетъ, пріобрѣтаютъ рѣшительное значеніе и обязательную силу для судей, даже независимо отъ происшедшаго изъ нихъ обычнаго права. L. 2. § 47. D. eod. Gaj. Inst. I. § 7. и L 2 и L. 3. (L. un.) Th. C. de respons. prud. (I. 4). — Съ правомъ юристовъ имѣетъ сродство матеріальный судебный обычай, такъ какъ приговоры даются людьми, свѣдущими въ правѣ — это обыкновенно бываетъ въ дѣйствительности или предполагается. Однако судебный обычай нельзя прямо причислить къ праву юристовъ, какъ особенный видъ его, потому что могутъ быть и народные суды (ср. Савиньи loc. cit. стр. 37. прим. c), и судебные приговоры могутъ имѣть основаніемъ народное право по недостатку нормы закона. L. 34. D. de leg. (I. 3.). Поэтому правильнѣе разсматривать матеріальный судебный обычай (котораго необходимое вліяніе на положительное право разсматриваетъ и Блюме Encyklop. § 14. стр. 37.), какъ особенный родъ обычнаго права, обусловленный непрерывнымъ согласіемъ приговоровъ въ одинаковыхъ юридическихъ

d) У Cic. Top. c. 5. res judicatae; въ L. 38. D. de leg (I. 3.) еще полнѣе: rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas; L 2. § 24. D. de orig. jur. (I. 2.): vetustissima juris observantia.

e) Для него встрѣчаются въ Римскомъ правѣ различныя названія, напр. quotidianus judiciorum usus и observantia въ § 6 и 7. J. de satisdat. (IV. 11). observatio judicialis въ L. 12. § 5. C. de reb. cred. (IV. 1.) и mos judiciorum въ L. 11. in f. C de injur. (IX. 35.)

f) Сюда относятся латинскія выраженія juris peritorum auctoritas, Cic. Top. cp. 5. или auctoritas prudentium, L. 7. pr. D. de just. et jure (I. 1.), далѣе responsa prudentium Gaj. Inst. I. § 7. — § 8. J. de jure nat. gent. et. civ (I. 2.) и jus civile въ болѣе спеціальномъ смыслѣ. L. 2. § 5. 6 и 12. D. de orig. jur. (I. 2.).

g) Ср. Савиньи ibid. стр. 98. Въ нѣсколько болѣе тѣсномъ смыслѣ принимаетъ Пухта выраженіе «Observanz», понимая подъ нимъ лишь (loc. cit. ч. II § 11. стр .108.) исполненіе «автономическаго положенія права», въ особенности при установленіяхъ присутственныхъ мѣстъ и корпорацій.

случаяхъ.—Впрочемъ Шталь въ своей Philos. des Rechts, Томъ II. отд. I. стр. 256. смотритъ на судебный обычай, какъ на особенный источникъ права, который должно отличать отъ обычнаго права, и совершенно отнимаетъ, напротивъ, у юриспруденціи значеніе источника права.

§ 35.

Что же касается до условій образованія обычнаго права въ государствѣ [a]), то уже изъ понятія его видно, что для этого необходимо множество дѣйствій въ народѣ и передъ судомъ, также многіе юридическіе приговоры и мнѣнія юристовъ; необходимо далѣе, чтобы эти дѣйствія и приговоры повторялись одинаково въ теченіи извѣстнаго времени, чтобы мнѣнія прилагались къ жизни, и чрезъ то высказалось и было признано извѣстное юридическое убѣжденіе [b]). Нельзя опредѣлить вообще, сколько времени и какъ часто таковыя дѣйствія, приговоры и мнѣнія должны одинаково повторяться и признаваться на фактѣ, чтобы можно было принять существованіе соотвѣтствующаго обычнаго права; въ каж-

---

§ 35. a) По мнѣнію Пухта, loc. cit. II. стр. 24. можно говорить не объ условіяхъ «происхожденія обычнаго права», но только «объ условіяхъ обычая». Это—слѣдствіе мнѣнія, высказаннаго имъ (I. стр. 167. и II. стр. 5. и слѣд). что «не право образуется и опредѣляется обычаемъ, а, наоборотъ, скорѣе обычай правомъ», и что обычай «только слѣдствіе, выраженіе или свидѣтельство права, возникшаго въ другомъ мѣстѣ и прежде его»; противъ такого мнѣнія многіе уже заявили себя открыто, напр. Мюленбрухъ, Lehrb. des Pand. Rechts, I § 38. прим. 3) (3-е изд.), Блюме, loc. cit стр. 33 и слѣд. и Шталь (см. прим. b).

b) Шталь (loc. cit. т. II. отд. 1. стр. 238 и слѣд. 257) очень вѣрно замѣтилъ противъ мнѣнія Пухта, упомянутаго въ примѣчаніи a), что сознаніе права безъ соблюденія его не имѣетъ силы и не есть еще право; но что скорѣе обычай, т. е. повторяемое приложеніе и извѣстная продолжительность, составляетъ такое же существенное условіе для основанія обычнаго права, какъ и сознаніе права; ибо иначе обычному праву недоставало бы той прочности во внѣшнемъ устройствѣ, которая требуется природою права, какъ общаго внѣшняго порядка жизни.

домъ отдѣльномъ случаѣ это зависитъ отъ его своеобразной природы и качества [c]). Дѣйствія или юридическія мнѣнія, служащія основаніемъ обычнаго права, конечно, не должны противорѣчить ни Божественнымъ предписаніямъ и чистотѣ нравовъ, ни общественнымъ интересамъ [d]), ни высшимъ началамъ права, которыхъ они не въ состояніи уничтожить или измѣнить [e]); они не должны, далѣе, основываться на существенномъ заблужденіи [f]); когда доказано заблужденіе, то хотя бы оно и имѣло прежде силу, но на будущее время должно уступить болѣе вѣрному взгляду [g]).

§ 36.

Юридическій обычай, получившій силу, имѣетъ въ государствѣ, въ которомъ онъ образовался, такое же значеніе и дѣй-

---

c) Ср. Пухта, loc. cit. I. стр. 93 и слѣд. II. стр. 79 и слѣд. и 93 и слѣд. и Савиньи, ibid. томъ I. стр. 171 и слѣд.

d) Ср. Пухта, ibid II. стр. 54 и слѣд.

e) L. 1. pr. D. de usur. (XXII. 1.) «.... usurarum modus ex more regionis .... constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.» L. 26. § 1. C. eod. (IV. 32.) (verb. «Nec liceat judici memoratam augere taxationem occassione consuetudinis in regione obtinentis»). L. 13. § 7 D. de injur. (XLVII. 10.) (verb. «Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo jure» etc.) L. 2. C. quae sit longa consuet. (VIII. 53.) «Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.» О вѣроятномъ смыслѣ этого мѣста, о которомъ много говорили и которое различно толковали, см. Савиньи, loc. cit. т. I. стр. 420, и слѣд. и относительно условія обычая, о которомъ здѣсь идетъ вопросъ, Пухта, ibid. стр. 56 и слѣд.

f) L. 39 D. de leg. (I. 3.) «Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.» L. 13. C. de sentent. (VII. 45.) (verb. «Non enim si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet.»)—Касательно заблужденія при обычаяхъ вообще см. Пухта, ibid. II. стр. 62 и слѣд.

g) Ср. Савиньи loc. cit. т. I. стр. 94 и 96. и Пухта, Curs d. Institut. т. I. § 18.

ствіе, какъ и собственно законъ [a]). Это нѣкоторымъ образомъ объясняется уже изъ естественной силы примѣра и авторитета, которая принадлежитъ равномѣрно и продолжительно соблюдаемому исполненію и согласнымъ мнѣніямъ и изреченіямъ свѣдущихъ въ дѣлѣ [b]); но истинную юридическую причину силы, придаваемой юридическимъ обычаямъ и на будущее время, должно искать частью въ естественномъ ходѣ образованія положительнаго права и въ его свойствахъ, частію же въ необходимости юридическихъ обычаевъ [c]). Что касается до первой причины, то положительное право государства имѣетъ свою естественную основу и мѣрило въ сознаніи и во всей своеобразности извѣстнаго народа, а потому должно соотвѣтствовать, какъ правамъ и потребностямъ этого народа, такъ и свойственной ему оцѣнкѣ его жизненныхъ отношеній, слѣдовательно дол-

§ 36. a) Выраженія Римскаго права по этому случаю относятся преимущественно къ обычному праву въ тѣсномъ смыслѣ, или къ народному праву; напр. § 9. J. de jure nat. gent. et civ. (I. 2.) «.... diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur» L. 32. § 1. D. de leg. (I. 3.) «Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur.» L. 33. и L. 35. D. eod. L. 1. и L. 3. C. quae sit longa consuet. (VIII. 53). Впрочемъ ясно выражено и приложеніе судебнаго обычая, какъ формальнаго (см. мѣста, приведенныя въ § 34. прим. е), такъ и матеріальнаго, по крайней мѣрѣ относительно объясненія двусмысленныхъ и темныхъ законовъ. L. 38. D. de leg. «Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere»; напротивъ ложныя рѣшенія, по L. 13. C. de sentent (VII. 45.) не должны служить примѣромъ на будущее время. Объ авторитетѣ, придаваемомъ мнѣніямъ юристовъ, см. прибавленіе къ § 34. Новыя законодательства, именно Прусское и Австрійское, значительно ограничили силу обычнаго права. Ср. Савиньи, loc. cit. I. 197 и слѣд.

b) Ср. Блюме, loc. cit. стр. 34.

c) О другихъ воззрѣніяхъ и мнѣніяхъ, относящихся сюда см. приложеніе къ этому §.

жно быть выраженіемъ національнаго юридическаго сознанія (§ 23. N. 2. и § 29.). Эта цѣль всего вѣрнѣе достигается, когда придается сила юридическихъ нормъ тѣмъ юридическимъ убѣжденіямъ, которыя высказались и установились въ самомъ образѣ дѣйствія, одинаково соблюдаемомъ всѣмъ народомъ, или извѣстными классами гражданъ, или въ согласныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ, или въ одинаковой судебной процедурѣ, или въ господствующихъ мнѣніяхъ правовѣдовъ, какъ разумнѣйшихъ носителей и представителей національнаго сознанія о правѣ; установленныя такимъ образомъ нормы права дѣйствуютъ въ назначенномъ имъ кругѣ до тѣхъ поръ, пока онѣ не отмѣняются или не измѣняются строгимъ закономъ или другимъ юридическимъ обычаемъ. Къ этому присоединяется необходимость обычнаго права для утвержденія формы юридическаго быта, сообразной съ духомъ времени. Ибо не только въ первоначальномъ быту народа, когда его право основывается почти единственно на нравахъ и обычаѣ, но даже при большемъ развитіи его культуры и дѣятельности законодательной власти почти невозможно повсюду установить достаточное число законовъ [d]), разрѣшающихъ всѣ юридическіе вопросы, повсюду удовлетворить посредствомъ законовъ потребностямъ юридическихъ сдѣлокъ, особенно въ болѣе тѣсныхъ кружкахъ, наконецъ устроить всѣ юридическія отношенія сообразно съ временемъ. Необходимъ, по этому, юридическій обычай, дабы пополнить нѣкоторые пробѣлы въ законодательствѣ или привести устарѣвшіе законы въ согласіе съ духомъ времени, измѣнившимся и подвинувшимся впередъ.

Въ Римскомъ правѣ тотъ же самый моментъ, въ которомъ заключается внутренній мотивъ или существо возникшаго въ народѣ обычнаго права, именно безмолвное

d) Ср. Гуго, Lehrb des Naturr. § 153.

согласіе гражданъ государства, принимается также основаніемъ его силы. L. 35. D. de leg. (I. 3.) «Sed et ea, quae longa consuetudine comprolata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam ea, quae scripta sunt jura, servantur». Въ L. 32. § 1. D. eod. Юліанъ выражается такъ касательно этого: «Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt: merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?» Эта аргументація, конечно, прилагается только къ такому государственному устройству, въ которомъ народу принадлежитъ законодательная власть, какъ это, конечно, и было еще во времена Юліана (при Адріанѣ), по крайней мѣрѣ по теоріи. Ср. Пухта, Gewohnheitsrecht, I. стр. 84 и слѣд.—Между новѣйшими юристами, нѣкоторые искали основанія силы обычнаго права въ автономіи, другіе въ волѣ законодателя. Противъ обѣихъ теорій см. Пухта, loc. cit. I. стр. 207 и слѣд. Онъ самъ высказываетъ свое мнѣніе объ этомъ (I. стр. 180 и слѣд.) «Вообще не можетъ быть вопроса о томъ, имѣетъ ли обычное право силу и почему? Ибо нельзя дать на это другаго отвѣта, кромѣ слѣдующаго: «обычное право существуетъ и имѣетъ силу по той же причинѣ, какъ и право вообще, затѣмъ, потому что оно выражаетъ народное убѣжденіе и, наконецъ, «по той причинѣ, по которой существуютъ вообще народы». Шталь (loc. cit. II. I. 239—241) также говоритъ въ весьма общихъ выраженіяхъ и притомъ такъ, что высказываемое имъ можно отнести ко всему праву вообще. Именно онъ поставляетъ причину обязательной силы обычнаго права, какъ и законодательства, въ «уваженіи къ самому праву, т. е. къ данному внѣшнему порядку между людьми», и, наконецъ, «въ силѣ Божественнаго устройства міра, которая производитъ право и доставляетъ ему уваженіе». Относительно нѣкоторыхъ преимуществъ обычнаго права см. Гуго, loc. cit. и Пухта, ibid. I. 229.

§ 37.

Что же касается до обычнаго международнаго права, то оно образуется тѣмъ, что, во взаимныхъ сношеніяхъ народовъ между собою при помощи общаго сознанія ихъ, что-либо фактически принимается за правило и признается обязательнымъ посредствомъ одинаковаго соблюденія [a]). Къ образу дѣйствія народовъ относительно другъ друга, лежащему въ основѣ такого обычнаго права, можно приложить въ сущности тѣ же требованія, которыя имѣютъ силу относительно обычнаго права, какъ источника положительнаго права въ государствѣ (§ 35); причину обязательной силы обычнаго права между народами должно искать не только въ необходимости его для опредѣленія международныхъ отношеній, но и въ согласіи его съ природою этихъ отношеній и съ потребностями и интересами народовъ въ ихъ взаимныхъ сношеніяхъ [b]).

§ 38.

О неприложимости юридическихъ предписаній въ случаяхъ крайней нужды (Nothfälle).

Хотя обыкновенно всѣ внѣшнія дѣйствія человѣческія, которыя вторгаются въ кругъ правъ другихъ лицъ, нарушая эти права, подчинены юридическому обсужденію и его слѣдствіямъ, однако допускается исключеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-нибудь безъ вины подвергается очевидной опасности жизни и можетъ спастись только тѣмъ, что нарушаетъ чужое право, употребляя чужую собственность безъ воли собственника для сохраненія своей жизни или даже жертвуя жизнью другаго, чтобъ избѣжать опасности, угрожающей его собственной жизни [a]). Такіе случаи называются случаями крайней нужды. Къ такимъ случаямъ нельзя прилагать

---

§ 37. a) Ср. Савиньи, loc. cit. I. § 11.

b) Ср. Бюлау, Quaestionum Spec. I. стр. 15.

§ 38. a) Примѣры этого приводятся уже у древнихъ, напр. Cic. de offic. III. стр. 6. (§ 29—32) и стр. 23, далѣе de republ. III. стр. 20. (у Lactant. Inst. V. 16).

опредѣленіе и дѣйствіе юридическихъ законовъ (что выражается пословицей: Noth hat kein Gebot); они должны скорѣе разсматриваться просто какъ дѣла совѣсти и потому подлежатъ только нравственному обсужденію. Это основывается на слѣдующемъ: право вообще имѣетъ цѣлью сдѣлать возможнымъ и осуществить свободное и обезпеченное общежитіе между людьми посредствомъ опредѣленія и соблюденія того, что̀ присвоивается каждому во внѣшнихъ отношеніяхъ; но этой цѣли нельзя достигнуть въ указанныхъ случаяхъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ, потому что естественное общее условіе, или предположеніе для приложимости права въ нихъ исчезаетъ [b]), и при томъ безъ вины того, кто находится въ опасности жизни. Къ этому присоединяется еще то, что уголовный законъ не имѣлъ бы въ этихъ случаяхъ предполагаемаго успѣха, ибо страхъ неминуемаго зла, именно потери жизни въ дѣйствительной опасности, не могъ бы быть пересиленъ страхомъ еще неизвѣстнаго зла, котораго бы можно было ожидать отъ приговора судьи о законномъ наказаніи [c]).—Но если кто-нибудь подвергся грозящей ему опасности жизни, сдѣлавъ что-либо недозволенное, или если кто, при опасности жизни, въ которой онъ не виновенъ, преступилъ мѣру того, что было необходимо для отклоненія ея, т. е. для сохраненія жизни, то, конечно, такое лицо никакъ не можетъ разсматриваться относительно подобнаго образа дѣйствій, какъ не подлежащее закону; это лицо обязано нести на себѣ послѣдствія своей собственной вины, опредѣленныя закономъ.—Впрочемъ положительныя права идутъ въ

b) Ср. Гроса, Lehrb. der philosoph. Rechtswiss. § 40. и Круга, Dikäol. § 22. прим. 2.

c) Только эту причину принимаетъ въ соображеніе Кантъ въ Metaphys Anfangsgr. der Rechtsl. стр. 41 и 42, и утверждаетъ поэтому, что «дѣйствіе насильственнаго самохраненія должно разсматривать не какъ unsträflich (inculpabile), но какъ unstrafbar (inpunibile)».

этомъ отношеніи далѣе, чѣмъ это можно принять по началамъ естественнаго права: они дозволяютъ собственнику въ нѣкоторыхъ случаяхъ угрожающей (безъ его вины) опасности для его собственности уничтожать, разрушать или отбрасывать чужія вещи для сохраненія своихъ вещей, если собственникъ боится потерять свое имущество; при этомъ законъ не принуждаетъ къ вознагражденію за таковые убытки [d]).

d) L. 29. § 3 и L. 49. § 1. D. ad. leg. Aquil. (IX. 2) L. 14. pr. D. de praescript. verb. (XIX. 5) L. 7. § 4. D. quod vi (XLIII. 24.) L. 3. § 7. D. de incend. (XLVII. 9.). Ср. Тибо, Archiv für die Civil. Prax. т. VIII. стр. 139 и слѣд. Гуго Гроцій (de jure belli ac pacis, II. cap. 2. § 6.) причисляетъ подобныя опредѣленія къ такимъ, которыя основываются на естественномъ правѣ, а именно на томъ положеніи, что частная собственность признана только подъ условіемъ извѣстнаго сохраненія первоначальнаго права на употребленіе всѣхъ вещей собща; это условіе прилагается особенно въ случаяхъ крайней нужды, то есть въ этихъ случаяхъ снова оживаетъ первоначальное право.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

О ПРАВѢ ВЪ СМЫСЛѢ СУБЪЕКТИВНОМЪ И О ЮРИДИЧЕСКОЙ ОБЯЗАННОСТИ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

СУБЪЕКТЪ, СОДЕРЖАНІЕ, ОБЪЕКТЪ И РАЗЛИЧНЫЕ ВИДЫ ПРАВЪ И ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОБЯЗАННОСТЕЙ.

§ 39.

Субъектъ правъ.

Никакое право немыслимо безъ субъекта, которому оно присуще. Правоспособный субъектъ называется лицомъ, а самое свойство, въ силу котораго существо можетъ быть субъектомъ правъ, — личностью или правоспособностью. Послѣднюю можно приложить только къ существу, одаренному разумомъ и свободною волею и въ тоже время принадлежащему къ внѣшнему, видимому міру (§ 4). Поэтому только человѣкъ, какъ единственное существо видимаго міра, одаренное разумомъ и свободною волею, можетъ быть субъектомъ правъ [a]). Но для того, чтобы существо человѣческаго происхожденія получило значеніе лица, необходимы три условія [b]): 1) чтобы оно существовало само по себѣ, какъ органическое тѣло. Поэтому дитя, находящееся еще въ утробѣ матери (embryo), не имѣя самостоятельнаго бытія [c]), по естественному юридическому воззрѣнію, не можетъ считаться субъектомъ права въ полномъ смыслѣ [d]). Но такъ какъ этотъ зародышъ по своей сущности назначенъ сдѣлаться человѣкомъ и будущимъ гражданиномъ, то безъ сомнѣнія онъ находится подъ охраненіемъ того государства, къ которому принадлежитъ мать; поэтому и вытравливаніе плода должно считать дѣйствіемъ не только безнравственнымъ, но и юридически недозволеннымъ. Положительное право въ этомъ случаѣ идетъ далѣе; оно считаетъ embryo уже за родившагося человѣка во всѣхъ отношеніяхъ, гдѣ дѣло касается его собственныхъ выгодъ [e]), съ тѣмъ однако, что са-

§ 39. a) Если, не смотря на то, въ положительномъ правѣ иногда приписываются права и вещамъ, какъ напр. въ повинностяхъ, принадлежащихъ недвижимымъ имуществамъ, равно и въ привиллегіяхъ по имуществу, то подобное неточное выраженіе должно понимать слѣдующимъ образомъ: извѣстныя права такъ тѣсно связаны съ вещью, что черезъ посредство ея принадлежатъ тому, кто владѣетъ ею.

b) Ср. Кругъ: Dikäologie, § 101.

c) Въ Римскомъ правѣ объ этомъ встрѣчаются слѣдующія выраженія: L. 1. § 1. D. de inspic. ventre (XXV. 4) «. . . partus . . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum». L. 9 § 1. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2) «. . . . . partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur.»

d) Это важно для разрѣшенія вопроса, дозволено ли юридически раздроблять на части embryo, если разрѣшеніе отъ бремени матери иначе невозможно, или, если при другихъ условіяхъ нельзя спасти ея жизнь? Ср. Кругъ: loco cit. въ Примѣч. — Другаго мнѣнія Аренсъ, который въ св. Rechtsphilos. стр. 309 дитяти въ утробѣ матери приписываетъ «права съ самаго момента зачатія», а потому на стр. 357 (въ примѣчаніи) всякое, такъ называемое искусственное рожденіе, признаетъ юридически недозволеннымъ.

e) L. 7. D. de statu hom. (I. 5.) «Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur . . .» L. 231. D. de verb. signif. (L. 16). «Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius jure quaeritur . . .» О смыслѣ и объемѣ этой фикціи см. Савиньи въ Syst. d. heut. Röm. Rechts. II. § 62.

мое осуществленіе предназначаемыхъ ему правъ отлагается до момента его рожденія [f]). 2) Чтобы существо, происходящее отъ людей, выказывало жизнь и ощущеніе (Empfindung). Потому мертворожденныхъ, какъ и умершихъ нельзя считать субъектами права. 3) Чтобы въ главныхъ чертахъ оно имѣло видъ человѣкообразный; это опредѣляется преимущественно по головѣ или лицу [g]), такъ какъ въ нихъ именно внѣшнимъ образомъ проявляется собственно отпечатокъ человѣчности; безъ человѣческаго же облика, на сколько показываетъ опытъ, нельзя предполагать духовныхъ свойствъ и способностей человѣка, а слѣдовательно не признаются и субъективныя условія его правоспособности. Напротивъ того, менѣе важныя отступленія отъ правильнаго человѣческаго образа не представляютъ препятствій для правоспособности.

При удовлетвореніи означеннымъ условіямъ, хотя естественныя различія людей не остаются безъ вліянія на ихъ права, однако правоспособность, основанная на сущности лица, вообще присвоивается всѣмъ людямъ безъ различія [h]), т. е. и тѣмъ, въ которыхъ пользованіе разумомъ и свободною во-

---

f). L. 3. D. si pars heredit. pet. (V. 4.) «Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent . . . .» L. 7. pr. D. de reb. dub. (XXXIV. 5).

g) Таково кажется было воззрѣніе и римскихъ юристовъ, какъ явствуетъ изъ мнѣнія, высказаннаго (по другому случаю) въ L. 44. pr. D. de religios. (XI. 7.) («. . . . quod est principale . . . id est caput, cujus imago sit, unde cognoscimur»). Ср. Савиньи въ вышеприведенномъ сочиненіи, II. 10.

h) Странно положеніе Варнкёнига въ его Rechsphilos. 284, о томъ, что «каждая правоспособность основывается на признаніи создающаго ее положительнаго принципа», слѣдовательно всегда есть продуктъ положительнаго права. Потому, на основаніи стр. 280, права можетъ имѣть только тотъ человѣкъ, который въ положительномъ правѣ признается лицомъ.

лею или еще не развилось, или задерживается индивидуальными препятствіями, потому что и въ нихъ существуютъ духовные задатки и способности человѣка; препятствія же со временемъ или уничтожатся, или же могутъ уничтожиться. Конечно, пока подобные люди находятся въ положеніи, гдѣ они субъективно неспособны распознавать свои права и пользоваться ими, необходимо представленіе ихъ лица другими (§ 50) [i]).

§ 40.

Личность не ограничивается только отдѣльными людьми, какъ индивидуумами. Нѣсколько людей, одновременно существующихъ, могутъ ради одной общей цѣли соединиться въ одну юридическую единицу такъ, что они вмѣстѣ представляютъ только одно лицо, а потому образуютъ субъектъ общей воли и общаго права. Подобный коллективный субъектъ правъ или такое соединеніе людей, которое ради одной общей цѣли обобщаетъ себѣ область права и вмѣстѣ считается однимъ лицомъ, признается таковымъ только въ отвлеченіи и ради юридической цѣли, въ дѣйствительности же состоитъ изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ личностей. Этотъ коллективный субъектъ называется юридическимъ лицомъ [a])

---

i) Еслибъ данное Кантомъ въ Metaphys. Anfangsgr. der Rechtsl. c. 22 опредѣленіе лица: «лицо есть субъектъ, дѣйствія котораго способны подлежать вмѣненію» было вѣрно, то ни дѣтей, ни безумныхъ нельзя было бы считать лицами въ юридическомъ смыслѣ.

§ 40. a) Нѣкоторые подобный субъектъ права называютъ также лицомъ моральнымъ, мистическимъ или воображаемымъ (fingirte). Если употреблять первое изъ этихъ выраженій, то слово «моральное» слѣдуетъ принимать въ болѣе обширномъ смыслѣ (конечно, довольно неопредѣленномъ), т. е. оно означаетъ противоположность физическому. — Выраженіе «мистическое лицо» заимствовано изъ богословія и приложимо только къ христіанской церкви, на сколько послѣдняя разсматривается, какъ тѣло, происшедшее чрезъ освященіе (μύησις). Ср. Кругъ: loc. cit. § 13.

или совокупною личностью (Gesammt-Persönlichkeit) [b]), а въ противоположность ему каждаго отдѣльнаго человѣка называютъ лицомъ естественнымъ или физическимъ. Такъ какъ всѣ соединенія между людьми, имѣющія общественный характеръ въ юридическомъ смыслѣ, необходимы для достиженія цѣлей человѣчества, то подъ условіемъ правомѣрнаго существованія они, уже по естественному юридическому воззрѣнію, принадлежатъ къ лицамъ юридическимъ или совокупнымъ личностямъ. Къ послѣднимъ кромѣ того, изъ политическихъ соображеній, положительное право причисляетъ нѣкоторыя имущества и юридическіе институты, каковы: государственная казна [c]), общеполезныя учрежденія и заведенія [d]). — Впрочемъ юридическія лица, будучи по природѣ своей неспособны къ обороту правъ (Rechtsverkehr), для пріобрѣтенія и отчужденія ихъ нуждаются въ представительствѣ [e]).

Шталь въ своей Philos. d. Rechts II. 2. 18. слѣд. различаетъ понятія: «лицо юридическое, или моральное» и «лицо политическое». Первое, по его мнѣнію, есть понятіе «гражданскаго права» и заключаетъ въ себѣ «одну способность быть субъектомъ имущественнаго права»; второе напротивъ какъ бы «публичное» и содержитъ въ себѣ «способность быть субъектомъ дѣйствія и власти». Государство, напр. не есть лицо юридическое, а политическое; напротивъ фискъ, или даже liste civille (т. е. сумма, опредѣляемая на содержаніе государей и ихъ семействъ), есть лицо моральное. Но на этомъ основаніи нельзя провести упомянутаго различія. Ибо, напр. общество, учрежденное для частной цѣли, разъ будучи признано лицомъ, какъ таковое, имѣетъ, конечно, и способность быть субъектомъ дѣйствія, можетъ рѣшиться на что-нибудь и т. д., хотя въ то же время не есть политическое лицо. Съ другой стороны фискъ, который Шталь, какъ было сказано, называетъ лицомъ моральнымъ, по своему назначенію носитъ скорѣе характеръ публичный, чѣмъ частный.

прим. Выраженіе «воображаемое лицо» можно употреблять для означенія субъекта права (см. конецъ этого §) въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ положительное право прибѣгаетъ къ фикціи личности; но въ отношеніи къ коллективнымъ субъектамъ права его рѣшительно нельзя одобрить, такъ какъ здѣсь идетъ рѣчь не о выдуманномъ или вымышленномъ, но объ томъ, что было познано разумомъ и возведено въ понятіе. Прежде употребляли названіе «intelligible» или «идеальное лицо».

b) Это выраженіе приводитъ Аренсъ въ св. Rechtsphilos., напр., на стр. 291. въ противоположность Einzel-Persönlichkeit.

c) Особый отдѣлъ въ Юстиніановомъ Сборникѣ именно D. XLIX. 14. и C. X. 1. трактуетъ «de jure fisci.»

d) Ср. напр. L. 22. pr. и L. 23. pr. C. de sacrosanct eccles. (1. 2.).

e). Ср. Савиньи: loc. cit. II. § 90.

§ 41.

Содержаніе и объектъ правъ.

Какъ право не мыслимо безъ субъекта, которому оно присуще, такъ точно оно не мыслимо безъ содержанія, которое составляетъ право, или безъ предмета, къ которому оно относится. Содержаніе права есть все то, на что субъектъ уполномоченъ, т. е. внѣшнія дѣйствія, которыя субъектъ обязанъ самъ исполнить и дозволить, или же исполненія и дозволенія которыхъ онъ въ правѣ требовать отъ другихъ. Впрочемъ чужія дѣйствія, которыхъ субъектъ можетъ требовать, причисляются къ объектамъ правъ. Собственно подъ выраженіемъ «объектъ права» вообще слѣдуетъ понимать предметъ, который въ силу права подчиненъ волѣ уполномоченнаго, или предметъ, къ которому могутъ относиться дѣйствія, составляющія содержаніе права [a]). Объектомъ мо-

§ 41. a) Ср. Унтергольцнеръ: Jurist. Abhandl. стр. 132—136.— Различіе между содержаніемъ и объектомъ въ иныхъ правахъ совершенно не распознаваемо, напр. въ собственности (въ болѣе тѣсномъ смыслѣ); здѣсь объектъ есть тѣлесная вешь, содержаніе же состоитъ въ исключительномъ господствѣ надъ нею. — Не смотря на то, Аренсъ въ

жетъ быть не только нѣчто существующее внѣ уполномоченнаго субъекта, но и все составляющее его или находящееся въ немъ самомъ, напр. собственное тѣло, жизнь, здоровье и т. п.; далѣе не только что-либо тѣлесное, подлежащее внѣшнимъ чувствамъ, но и безтѣлесное, какъ честь, духовныя силы, способности и т. д. Къ объектамъ права, имѣющимъ самостоятельное бытіе, отдѣльное отъ уполномоченнаго субъекта, принадлежатъ преимущественно вещи (§ 42), а въ извѣстной степени также и лица, именно на сколько они въ опредѣленныхъ отношеніяхъ могутъ быть подчинены праву другаго. Понятно, что по естественному праву лицо, какъ субъектъ правоспособный (§ 39) и необходимо признаваемый таковымъ, никогда всѣмъ своимъ существомъ не можетъ сдѣлаться объектомъ чужаго права.

§ 42.

Вещами въ смыслѣ объектовъ права называются предметы внѣшняго міра, лишенные разума, которые могутъ быть употреблены, какъ средство для достиженія человѣческихъ цѣлей [a]). Сюда принадлежатъ какъ животныя, такъ и предметы неодушевленные. Между послѣдними встрѣчаются такіе, которые уже по своей природѣ вообще предназначены быть предметомъ общаго пользованія людей и потому, по крайней мѣрѣ въ цѣломъ составѣ, не могутъ подлежать исключительному господству отдѣльныхъ лицъ, таковы: воздухъ, текучая

св. Rechtsphilos. стр. 290. принимаетъ содержаніе и объектъ права за понятія вполнѣ тождественныя и, говоря о правѣ собственности (стр. 440), считаетъ содержаніемъ его «все, что есть вещь.»

§ 42. a) Аренсъ въ вышеприв. соч. стр. 290 принимаетъ слово вещь» въ общемъ смыслѣ за «содержаніе личнаго юридическаго дѣйствія», а Рёдеръ въ св. Grundz. d. Naturr. стр. 200 понимаетъ подъ вещью «все, что можетъ быть объектомъ права.»

вода, море и его берега [b]). Вообще же тѣлесныя вещи бываютъ или **движимыя**, или **недвижимыя**, смотря потому, могутъ ли онѣ быть перенесены съ одного мѣста на другое безъ поврежденія ихъ сущности и формы, или нѣтъ. Если они неподвижны **сами по себѣ**, т. е. по своей природѣ, а не вслѣдствіе ихъ соединенія съ другою неподвижною вещью, то называются **недвижимыми имуществами**. Далѣе, какъ особенные виды вещей, слѣдуетъ выставить: вещи **потребляемыя** (verbrauchbaren) и **замѣняемыя** (vertretbaren). **Потребляемыми** называются тѣ вещи, которыя отъ употребленія истрачиваются или издерживаются, а это совершается **физически**, какъ, напримѣръ, все съѣдобное и годное для питья, также матеріалы для горѣнія, или только **юридически**, т. е. только относительно существующаго на нихъ права; такъ что, погибая для того, кто употребляетъ ихъ согласно ихъ существенному назначенію, онѣ дѣлаются достояніемъ другаго, какъ напр. деньги (§ 51). **Замѣняемыми** же называются тѣ вещи, при передачѣ которыхъ дѣло касается не прямо опредѣленныхъ индивидуумовъ, а только опредѣленнаго рода и качества (Qualität), такъ что слѣдовательно каждый видъ ихъ можетъ быть **замѣненъ** другимъ изъ того же рода [c]); это можетъ происходить также съ деньгами и съ вещами потребляемыми.

b) Поэтому въ Римскомъ правѣ эти вещи называются: **communia omnium**. § 1 и 5. J. de rer. divis. (II. 1.) L. 2. L. 4. pr. и L. 5. § 1. D. eod. (I. 8.)

c) Для подобныхъ вещей употребляютъ также выраженіе: **количества** (**Quantitäten**), ибо въ юридическомъ оборотѣ обыкновенно опредѣляютъ ихъ по вѣсу, числу или мѣрѣ; почему и въ Римскомъ правѣ онѣ описываются слѣд. обр.: quae pondere, numero, mensura constant (или consistunt, или continentur). Но это не **исключительный** признакъ вещей **замѣняемыхъ**. И въ другихъ вещахъ, не принадлежащихъ къ замѣняемымъ, можетъ представиться необходимость опредѣлить ихъ въ юридиче-

То, что дѣйствительно составляетъ объектъ правъ человѣка, онъ можетъ назвать своимъ, или собственностью въ обширнѣйшемъ смыслѣ этого слова, потому что это относится къ области его свободы и принадлежитъ его лицу. Обращая вниманіе на взаимныя отношенія нѣсколькихъ лицъ къ ихъ собственности, обыкновенно выражаютъ это словами: мое и твое (Mein und Dein). Далѣе для понятія внѣшнихъ благъ и правъ, имѣющихъ цѣнность и принадлежащихъ лицу, употребляютъ выраженіе: имущество. Но есть и такія блага, которыя, не допуская оцѣнки по денежной стоимости, не могутъ быть причислены къ имуществу человѣка, хотя и принадлежатъ къ объектамъ права, какъ-то: жизнь, здоровье, честь, духовныя и тѣлесныя силы и т. п. Благомъ въ юридическомъ смыслѣ называютъ вообще все то, что имѣетъ для насъ цѣну или потому, что можетъ доставить намъ какое-либо удовлетвореніе, или потому, что можетъ быть употреблено, какъ средство для достиженія нашихъ цѣлей. Конечно, чѣмъ выше значеніе извѣстнаго добра, тѣмъ важнѣе касающееся его право.

§ 43.

Различные виды правъ: 1) на основаніи ихъ сущности и по объему.

На основаніи сущности права бываютъ или прирожденныя или пріобрѣтаемыя. Права прирожденныя, называемыя первоначальными (Urrechte) и непосредственными, суть тѣ, которыя сами собой принадлежатъ

скомъ оборотѣ по мѣрѣ, вѣсу или числу; по мѣрѣ, напр. полотно, сукно
и т. п., по вѣсу, напр. невыдѣланные и обработанные металлы; по чи-
слу, напр. стадо, или другое какое-либо понятіе вещей того же рода, вы-
раженное собирательнымъ именемъ. Впрочемъ въ вещахъ, о которыхъ идетъ
рѣчь, вмѣстѣ съ количествомъ берется во вниманіе и качество (Quali-
tät).

лицу съ момента его существованія; напротивъ права пріобрѣтаемыя или пріобрѣтенныя, называемыя также правами производными или посредственными, суть тѣ, которыя дѣлаются достояніемъ лица только вслѣдствіе опредѣленнаго дѣйствія, направленнаго на пріобрѣтеніе правъ. Оба вида правъ, по различію объема въ приложеніи къ уполномоченнымъ субъектамъ, бываютъ или общія, или особенныя. Между правами прирожденными общія суть тѣ, которыя принадлежатъ каждому человѣку, какъ таковому, въ силу человѣческой природы и назначенія съ минуты рожденія; а между пріобрѣтаемыми тѣ, которыя могутъ быть пріобрѣтены каждымъ лицомъ, какъ таковымъ, посредствомъ надлежащихъ для того дѣйствій.

Между правами прирожденными особенныя суть тѣ, которыя принадлежатъ съ рожденія только опредѣленнымъ лицамъ, вслѣдствіе условій, среди которыхъ эти лица родились, напр. права на извѣстную фамилію, на извѣстное состояніе и т. п.; а изъ пріобрѣтаемыхъ правъ къ особеннымъ принадлежатъ тѣ, достиженіе которыхъ, по причинѣ необходимыхъ для того личныхъ качествъ или условій, возможно только для извѣстныхъ лицъ или классовъ, обладающихъ упомянутыми условіями. Кромѣ того въ положительномъ правѣ къ особеннымъ принадлежатъ и права, основывающіяся на спеціальныхъ дозволеніяхъ со стороны компетентной власти (привиллегіи и дозволенія—Concessionen), или же заключающіяся въ закономъ опредѣленныхъ отступленіяхъ отъ обыкновенныхъ юридическихъ постановленій [a]).

§ 43. a) Такъ какъ для послѣдняго вида правъ необходимо выраженіе
«особенныя», то нельзя принять предложенія Шталя въ его Philo-
soph. des Rechts II. 1. стр. 286, чтобы обыкновенныя выраженія: прирож-
денныя и пріобрѣтенныя права замѣнить выраженіемъ: «общія и
особенныя.» Не странно ли назвать особеннымъ правомъ то, которое мо-
жетъ быть пріобрѣтаемо всякимъ безъ различія, напр. собственность. Не-

— Кромѣ того, по аналогіи между правами отдѣльныхъ людей и юридическихъ лицъ, или совокупныхъ личностей, слѣдуетъ отличать и относительно послѣднихъ права первоначальныя отъ пріобрѣтаемыхъ или пріобрѣтенныхъ, такъ что первыя сами собой необходимо присущи совокупной личности по ея понятію и цѣли съ момента ея происхожденія; вторыя же предполагаютъ особенныя основанія для пріобрѣтенія.

§ 44.

Особенно важны прирожденныя права по объему общія, т. е. общія человѣческія права [a]) (которыя будутъ объяснены подробнѣе въ первомъ отдѣлѣ естествен-

льзя оправдать это названіе и на томъ основаніи, что всякое пріобрѣтенное право, хотя и могло быть пріобрѣтено также другими, принадлежитъ однако, какъ индивидуальное (или особенное) только тому, кто дѣйствительно пріобрѣлъ его; припомнимъ, что и между правами прирожденными встрѣчаются такія, которыя съ момента рожденія принадлежатъ, какъ права индивидуальныя (слѣдовательно и особенныя) только опредѣленнымъ лицамъ, напр. право дѣтей по отношенію къ родителямъ. Вотъ почему какъ въ правахъ прирожденныхъ, такъ и въ пріобрѣтаемыхъ, по объему слѣдуетъ отличать общія и особенныя. Кромѣ того Шталь ibid. стр. 287 отличаетъ отъ прирожденныхъ правъ «Urrechte» и понимаетъ подъ этимъ права «какъ они должны принадлежать человѣку по идеѣ» въ противоположность дѣйствительнымъ, т. е. правамъ «какъ они дѣйствительно принадлежатъ ему въ данномъ положеніи.» Но на стр. 312 онъ принимаетъ «прирожденное право» и «Urrecht» за понятія однозначущія.

§ 44. a) Ср. Кругъ: Dikaeologie, § 27 и 28. Совершенно справедливо порицаетъ Шталь ibid. II. 1. стр. 287. и слѣд. злоупотребленіе понятія «человѣческихъ правъ», особенно, когда они переносятся въ политическую область, какъ сдѣлала теорія французской революціи. Но это не можетъ повести къ сомнѣнію въ существованіи самыхъ правъ, или къ совершенному отрицанію ихъ, какъ это дѣлается многими. Такъ, напр. Варнкёнигъ въ св. Rechtsphilos. стр. 280 отвергаетъ понятіе Urrecht въ этомъ смыслѣ, ибо по его мнѣнію «только тотъ человѣкъ можетъ имѣть права, который, по господствующимъ въ народѣ воззрѣніямъ на справедливое, признается лицомъ.»

наго частнаго права), такъ какъ они служатъ основаніемъ и условіемъ для пріобрѣтенія другихъ правъ и вообще отличаются какъ отъ особенныхъ прирожденныхъ правъ, такъ и отъ пріобрѣтенныхъ слѣдующими, свойственными имъ, признаками: 1) это суть права существенныя, т. е. имѣющія необходимо основаніе въ личности человѣка, а потому для своего признанія и дѣйствія эти права не нуждаются въ предварительномъ доказательствѣ; тогда какъ особенныя прирожденныя права обусловлены особенными отношеніями, въ которыхъ кто либо родился, а права пріобрѣтенныя—опредѣленными фактами, ведущими къ пріобрѣтенію правъ, и потому, представляя что-то случайное, при встрѣтившемся сомнѣніи должны быть доказаны. 2) Они не отчуждаемы на столько, на сколько нельзя ни перенесть ихъ на другаго, ни вообще отказаться отъ нихъ дѣйствительнымъ образомъ, если къ тому, при особенныхъ обстоятельствахъ, не побудитъ сознаніе долга или нравственной цѣли; остальныя же права обыкновенно (хотя и встрѣчаются исключенія, § 70) подвержены отчужденію. Но и общія человѣческія права во всякомъ случаѣ въ отдѣльныхъ отношеніяхъ или опредѣленныхъ видахъ пользованія могутъ быть уничтожены или ограничены [b]), и даже въ цѣломъ составѣ, вслѣдствіе преступленія, могутъ сдѣлаться предметомъ наказанія [c]). 3) Они

b) Кажущееся затрудненіе, о которомъ упоминаетъ Шталь, ibid. I. стр. 149, разрѣшается этимъ различіемъ между полнымъ отчужденіемъ прирожденныхъ правъ, потерею части ихъ или ограниченіемъ пользованія.

c) Кто отвергаетъ это, какъ, напр. Рёдеръ въ св. Grundzügen des Naturr., § 22. стр. 56, тотъ послѣдовательнымъ образомъ долженъ считать не только смертную казнь, но и лишеніе свободы, по крайней мѣрѣ пожизненное, недозволенными и противными началу права. Признаніе прирожденныхъ правъ въ ихъ цѣльности съ одной стороны неотчуждаемыми, а съ другой — подвергающимися наказанію въ случаѣ преступленія, — не заключаетъ въ себѣ противорѣчія. Первое относится къ добровольнымъ дѣйствіямъ, не имѣющимъ юридической силы потому, что они противорѣчатъ

принадлежатъ всѣмъ людямъ одинакимъ образомъ [d]), хотя пользованіе ими уже вслѣдствіе естественныхъ различій людей не можетъ проявляться у всѣхъ одинаково. Напротивъ остальныя права у различныхъ лицъ могутъ быть различны, что подтверждаетъ и опытъ.

Особыя отношенія, въ которыхъ раждаются лица и на которыхъ основываются особыя прирожденныя права, равно какъ условія жизни и факты, чрезъ которыя пріобрѣтаются и теряются производныя права, все это проявляется въ разныхъ видахъ и въ разной степени. Потому утверждать между людьми, какъ нѣчто необходимое по идеѣ права, полное равенство, не только въ отношеніи къ правамъ прирожденнымъ общаго объема, но и ко всѣмъ остальнымъ, и стараться возстановить послѣднее въ дѣйствительности, было бы великимъ недоразумѣніемъ [e]).

§ 45.

2) По содержанію.

По содержанію права бываютъ или положительныя или отрицательныя, смотря потому, относятся ли они къ дѣйствіямъ положительнымъ или только къ дозволенію дѣйствій.

природѣ и назначенію человѣка, пока онъ живетъ на землѣ, а послѣднее— къ слѣдствіямъ преступленій, которыя не зависятъ болѣе отъ воли преступника, но существуютъ въ государствѣ, какъ юридическая необходимость.

d). Ср. Росбахъ: Perioden der Rechtsphilos. § 88.—Достойно вниманія выраженіе Ульпіана (конечно, ограничивающееся только общими человѣческими правами) въ L. 32. D. de regul. jur (L. 17.) «. . . . quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.»

e). Это уже давно признано (ср. Кругъ ibid. § 29. прим. 1 и § 78. прим. 2) и потому несправедливъ упрекъ, который Шталь loc. cit. I. стр. 135. выражаетъ въ слѣдующихъ словахъ: «Слѣдовательно полная равноправность есть требованіе разумнаго права; она высказывается всѣми учителями естественнаго права, какъ древнѣйшими, такъ и новѣйшими.»

Въ силу первыхъ уполномоченный можетъ либо сдѣлать что-нибудь самъ, либо требовать отъ другаго положительныхъ дѣйствій, и притомъ не одного, а нѣсколькихъ; въ силу послѣднихъ субъектъ можетъ не дѣлать того, что, безъ этихъ правъ, онъ обязанъ былъ бы исполнить [a]), или требовать отъ другихъ опредѣленнаго отсутствія дѣйствія. Конечно, изъ природы каждаго права, слѣдовательно и положительнаго, вытекаетъ необходимость, чтобы другія лица устраняли всѣ препятствія къ дѣйствію субъекта (§ 6 и 7), или дозволяли ему дѣйствовать; но это только слѣдствія, а не собственно содержаніе всѣхъ правъ; въ отрицательномъ же правѣ, на сколько оно касается воздержанія отъ дѣйствій какъ со стороны другихъ, такъ и самаго субъекта, все содержаніе составляетъ именно это отсутствіе дѣйствій; такимъ образомъ въ силу отрицательнаго права можно требовать отъ другихъ только опредѣленнаго отсутствія дѣйствій.

§ 46.

3) По предмету и дѣйствію.

По предмету, который подчиненъ волѣ имѣющаго право, или къ которому могутъ относиться его дѣйствія, можно отличить четыре главные класса правъ:

1) Тѣ, которыя не имѣютъ индивидуальнаго опредѣленнаго внѣшняго предмета, но состоятъ въ извѣстныхъ общихъ правахъ, или вольностяхъ, на которыя слѣдуетъ смотрѣть, какъ на непосредственныя слѣдствія или правоспособности вообще, или особенныхъ свойствъ, отношеній и положеній лица. Права эти, на сколько они касаются личнаго положенія физическаго или юридическаго лица и связанныхъ съ нимъ юриди-

§ 45. a) Сюда принадлежатъ, напр. освобожденія отъ извѣстныхъ всѣмъ общихъ гражданскихъ обязанностей и пр.

ческихъ отношеній, можно назвать правами личности или положенія (Zustandsrechte); а такъ какъ эти права не имѣютъ опредѣленнаго внѣшняго предмета, то ихъ называютъ также правами на собственное лицо [a]). Таковы по преимуществу права прирожденныя или первоначальныя; однако къ этой категоріи могутъ быть причислены и пріобрѣтенныя, напр. право гражданства въ государствѣ или городѣ, должностныя права и т. д. [b]). Права эти могутъ быть приведены въ дѣйствіе противъ всякаго, кто вторгается въ ихъ область.

2) Права, принадлежащія кому-нибудь непосредственно на вещь и потому названныя правами на вещи, правами по имуществу или вещными. Такого рода право какъ будто тѣсно связано съ вещью, служащею ему объектомъ, а отсюда слѣдуетъ, что уполномоченный можетъ отстаивать свое право на вещь противъ всякаго, кто препятствуетъ свободному пользованію имъ, или кто присвоиваетъ себѣ что-либо въ той же самой вещи [c]).

---

§ 46. a) Повидимому всякое право, на сколько оно немыслимо безъ лица, какъ субъекта, могло бы быть названо правомъ личности, или правомъ личнымъ, правомъ лица (въ этомъ смыслѣ и принимаетъ дѣйствительно оба послѣднія выраженія Аренсъ въ св. Rechtsphilos. стр. 289 и 342). Но такъ какъ это понятно уже само по себѣ и слѣдовательно не нуждается въ особомъ обозначеніи, то «право личности» слѣдуетъ понимать другимъ образомъ и относить къ праву, имѣющему предметомъ не что-либо отдѣльное отъ лица, но его самаго и его личное состояніе. Неосновательныя возраженія противъ признанія права личности или права на собственное лицо разбираетъ и опровергаетъ Пухта въ Curs. d. Institut. I. § 30. стр. 87. слѣд. (изд. 2).

b) Потому Шталь въ св. Philos. d. Rechts II. 1. стр. 287. прим. *) и 312 слишкомъ узко понимаетъ право личности или лица, ограничивая его только прирожденными правами.

c) Несправедливо утверждаетъ Кантъ въ св. Metaphys. Anfangsgr. der Rechtsl. стр. 80—82 будто собственно нѣтъ (прямаго) права на вещь, состоящаго въ непосредственномъ отношеніи лица къ тѣлесной вещи.—

3) Права, имѣющія предметомъ дѣйствія или услуги опредѣленнаго лица, на извѣстномъ основаніи вступившаго въ обязательныя отношенія къ кому бы то ни было. Эти права называются исковыми правами или обязательствами [d]). По отношенію къ лицу, вступившему въ обязательныя отношенія, ихъ называютъ личными правами, потому именно, что всякое подобное право при самомъ появленіи своемъ связано съ опредѣленнымъ лицомъ, на которое оно обращается и въ отношеніи котораго только и можетъ имѣть силу. Впрочемъ, противъ выраженія «личныя права» можно возразить, что не само лицо обязавшагося есть предметъ подобнаго права, но только извѣстная часть его дѣятельности, т. е. или извѣстныя дѣйствія, или услуги. Слѣдовательно въ силу исковаго права уполномоченный можетъ требовать услуги или даже ряда таковыхъ только отъ опредѣленнаго лица, на особенномъ основаніи вступившаго къ нему въ обязательныя отношенія. Потому вещь въ такомъ правѣ не составляетъ существеннаго; ибо долговая услуга можетъ состоять въ дѣйствіи или дозволеніи со стороны обязавшагося; а если въ исковое право привходитъ вещь, то оно относится къ ней только посредственно, въ той степени, въ какой уполномоченный можетъ требовать отъ обязавшагося извѣстнаго дѣйствія, относящагося къ этой вещи, напр. ея передачи [e]).

Также и Рёдеръ въ св. Grundz. d. Naturr. стр. 224 ограничиваетъ понятіе права на вещи, полагая, что не сама вещь по своему существу можетъ считаться объектомъ права, но «только извѣстная степень полезности, т. е. ускоренія достиженія цѣлей жизни при посредствѣ вещи.»

d) Въ Римскомъ правѣ слово obligatio выражаетъ не только пассивную, но и активную сторону долговаго отношенія, слѣдовательно полное юридическое отношеніе между опредѣленнымъ уполномоченнымъ и опредѣленнымъ обязавшимся. L. 3. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7) L. 71. pr. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) L. 95. § 2. D. de solut. (XLVI. 3).

e) Ср. Зейфертъ: Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts, I. (Вюрцб. 1820). стр. 41. — О различіи между правомъ

4) Права, касающіяся взаимнаго отношенія членовъ семьи или общественнаго союза (все равно, принадлежитъ ли послѣдній къ частному или публичному праву), а также въ извѣстной степени права самыхъ лицъ, стоящихъ другъ къ другу въ подобномъ отношеніи. Такія права, имѣя цѣлью услуги, вытекающія изъ подобнаго отношенія, совпадаютъ съ исковыми; однако они не ограничиваются дѣйствіями, которыя имѣютъ имущественную цѣнность и которыя потому могутъ быть замѣнены эквивалентомъ; они въ своемъ объемѣ шире исковыхъ правъ, ибо касаются также самаго лица участниковъ въ семейномъ отношеніи или общественномъ союзѣ, на сколько этого требуетъ природа и цѣль ихъ отношенія; такъ что члены обязаны личною преданностію цѣлямъ отношенія, въ которое поставлены. Потому подобныя юридическія отношенія можно назвать правами на другія лица. Но при этомъ должно имѣть въ виду, что лицо всѣмъ своимъ существомъ не становится предметомъ чужаго права (что противорѣчитъ естественному праву, § 39), а что оно только въ извѣстномъ отношеніи, опредѣленнымъ образомъ подчиняется праву другаго [f]). Для нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній, принадлежащихъ къ послѣдней категоріи, именно для тѣхъ, въ которыхъ выступаетъ отношеніе власти и подчиненія участниковъ, выраженіе «державныя права» крайне удачно, потому что означаетъ права, принадлежащія главѣ по отношенію къ подчиненнымъ. Права эти, будучи направлены на услуги, вытекающія изъ подобнаго юридическаго отношенія, могутъ быть приведены въ дѣйствіе только противъ лица, обязавшагося тѣми услугами; но при извѣстныхъ условіяхъ имъ

вещнымъ и личнымъ см. также Фейербахъ: Civil. Versuche, I. (Giesz. 1803). стр. 266. сл.

f) Ср. Пухта въ Rhein. Mus. für Jurispr. Jahrg. III. стр. 301. сл. и въ Curs. d. Institut. § 30. стр. 86. сл.

можно дать силу и въ отношеніи къ третьему лицу, именно когда это лицо несправедливо мѣшаетъ приложенію юридическаго отношенія.

Права, могущія быть приведены въ дѣйствіе противъ всякаго равнымъ образомъ (т. е. означенныя подъ № 1 и 2), называются также абсолютными; напротивъ тѣ, которымъ можно дать силу только въ отношеніи къ опредѣленному обязавшемуся (т. е. № 3 и въ существенномъ № 4), называются относительными. Далѣе права, т. е. вещныя и исковыя, такъ какъ первыя всегда, а послѣднія большею частію касаются того, что должно причислить къ имуществу уполномоченнаго [g]), называютъ общимъ именемъ имущественныхъ правъ [h]).

1. Вещныя и исковыя права могутъ совпадать въ одномъ и томъ же отношеніи, напр. въ правѣ пользованія, въ

g) По Римскому праву во всякомъ случаѣ существо obligatio требуетъ, чтобы долговое дѣйствіе имѣло имущественную цѣнность, L. 9. § 2. D. de statulib. (XL. 7) « . . . . ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt . . . .» То же самое принимаетъ и Шталь ibid. II. 1. стр. 407. Но по естественному праву бываютъ примѣры исковыхъ правъ, содержаніе или предметъ которыхъ лежитъ внѣ сферы имущества, напр. вытекающее изъ оскорбленія чести исковое право обиженнаго на возстановленіе чести удовлетворительнымъ объясненіемъ или дѣйствіемъ оскорбителя. § 66. adf.

h) Это названіе очевидно удачнѣе, чѣмъ обозначеніе обоихъ видовъ правъ общимъ именемъ «вещное право» и подраздѣленіе послѣдняго на вещное право на основаніи имущественномъ и вещное право на основаніи личномъ (какъ это сдѣлано въ австрійскомъ св. Гр. Зак. §§ 307. 308 и 859 и одобрено Аренсомъ loc. cit. стр. 342). Ибо выраженіе «вещное право на основаніи имущественномъ» заключаетъ въ себѣ безполезное повтореніе, а выраженіе «вещное право на основаніи личномъ» нельзя одобрить не только по возможности ложнаго толкованія, будто съ лицомъ можно обходиться, какъ съ вещью, но и потому, что исковое право, какъ было только что замѣчено, не всегда и не необходимо имѣетъ предметомъ долговую вещь въ собственномъ смыслѣ, но точно также можетъ быть направлено на дѣйствія другаго рода, напр. услуги, дозволеніе дѣйствій и т. д.

ипотечномъ правѣ (заклада) и т. д. Также возможно право смѣшанное изъ природы вещнаго и исковаго права, именно если оно тѣсно связано съ вещью, но касается извѣстныхъ дѣйствій, которыми владѣтель вещи, кто бы онъ ни былъ, обязался въ отношеніи къ уполномоченному. Таковы права, соотвѣтствующія такъ называемымъ Reallasten, напр. служебнымъ обязанностямъ, оброку и т. п. Ср. Швеппе: Röm. Privatrecht. in s. heut. Anwend. I. § 57. 128. (изд. 4.). Права этого рода можно назвать вещно-личными или, еще удачнѣе, вещными исковыми правами.

2. Права, вытекающія изъ семейныхъ отношеній, Кантъ ibid. стр. 79 и 105 называетъ вещно-личными, или правами на лицо подобно вещи (auf dingliche Art persönliche Rechte). Но это выраженіе, употребляемое и Гуго въ Lehrb. d. Naturr. § 158. и Рöдеромъ ibid. изд. 1. стр. 201, выбрано неудачно, отчасти потому, что его можно отнести и къ другимъ правамъ (напр. къ упомянутымъ въ прим. 1. къ этому §), отчасти и главнымъ образомъ потому, что легко можетъ повести къ ложному пониманію, какъ будто въ силу такого права лицо, по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ отношеніяхъ, уравнивается съ вещью. Что Кантъ дѣйствительно принялъ это, ясно какъ нельзя болѣе изъ данныхъ имъ опредѣленій, стр. 105. и 163, по которымъ право личное по образцу вещи должно быть: «правомъ владѣнія внѣшнимъ предметомъ, какъ вещью и пользованія имъ, какъ лицомъ», или «правомъ человѣка внѣ себя имѣть лицо, какъ нѣчто свое». Кругъ въ св. Dikäologie § 26. Пр. 2. порицаетъ воззрѣніе Канта. Но и онъ въ прив. § принимаетъ понятіе вещно-личнаго права подъ условіемъ, «что два (или нѣсколько) лица имѣютъ общую сферу свободы, внутри которой однако каждому, по его особенному отношенію къ другимъ, могутъ принадлежать извѣстныя особенныя права».—НапротивъСавиньи: Syst. d. heut. Röm. Rechts I. стр. 349. слѣд. ищетъ существо юридическихъ семейныхъ отношеній «въ положеніи, которое здѣсь занимаетъ отдѣльное лицо,—въ томъ, что оно есть не только человѣкъ вообще, но и въ частности супругъ, отецъ, сынъ, слѣдовательно въ строго опредѣленной, независимой отъ индивидуальнаго произвола формѣ жизни, основанной на великой естественной связи».

§ 47.

4) По направленію и цѣли.

По направленію и цѣли права бываютъ или частныя, касающіяся частныхъ отношеній отдѣльныхъ лицъ и имѣющія цѣлью ихъ частный интересъ, или публичныя, т. е. такія, которыя имѣютъ мѣсто въ публичныхъ отношеніяхъ ради общественныхъ цѣлей. Но есть и смѣшанныя права, т. е. тѣ, которыя, хотя возникаютъ въ общественныхъ отношеніяхъ, имѣютъ однако цѣлью частный интересъ отдѣльныхъ лицъ, напр. право государственныхъ сановниковъ на окладъ или жалованье, право переселенія, льготы отъ налоговъ и т. п.; не смотря на то, что эти права принадлежатъ къ области публичнаго права, въ нихъ по цѣли и по опредѣленному образу приведенія ихъ въ дѣйствіе преобладаетъ все таки характеръ частный [a]).

§ 48.

О субъектѣ, содержаніи, объектѣ и различныхъ видахъ юридическихъ обязанностей.

Юридическая обязанность или обязательство, подобно праву, не мыслимо ни безъ субъекта, на которомъ лежитъ, ни безъ содержанія. Субъектомъ юридическихъ обязанностей, какъ и правъ, можетъ быть только человѣкъ, какъ существо видимаго міра, разумное и одаренное свободною волею (§ 7); и притомъ отдѣльный человѣкъ, какъ лицо физическое, и собраніе лицъ, какъ лицо юридическое или какъ совокупная личность (§ 40). Содержаніе же юридической обязанности составляетъ то, къ чему кто либо юридически обязанъ, т. е. образъ дѣйствій, соразмѣрный съ правомъ другаго и съ

§ 47. a) Потому и причисляетъ ихъ къ частнымъ правамъ Шталь въ св. Philos. d. Rechts. II. 1. стр. 305.

порядкомъ человѣческаго сожитія. Но отъ содержанія юридической обязанности слѣдуетъ отличать ея объектъ, или предметъ, къ которому могутъ относиться дѣйствія, составляющія содержаніе юридической обязанности. Объектъ обязанности можетъ быть также разнообразенъ, какъ и объектъ правъ (§ 41). По различію содержанія юридическія обязанности бываютъ или положительныя, или отрицательныя. Первыя состоятъ изъ положительныхъ дѣйствій, напр. передачи вещи, услуги и т. п., послѣднія же заключаются въ дозволеніи дѣйствій, слѣдовательно въ недѣланіи или въ положеніи страдательномъ [a]). По направленію и цѣли юридическія обязанности, подобно правамъ, бываютъ или частныя, касающіяся частныхъ отношеній отдѣльныхъ лицъ и имѣющія цѣлью частный интересъ уполномоченныхъ,—или публичныя, возникающія изъ отношеній публичнаго права ради общественныхъ цѣлей. Но существуютъ и смѣшанныя юридическія обязанности, т. е. такія, которыя, появляясь въ отношеніяхъ публичнаго права, въ то же время касаются и частнаго интереса отдѣльныхъ лицъ, какъ, напр. обязанности властей, относящіяся къ гражданскому судопроизводству, гражданская обязанность принимать опеки и т. п.

§ 49.

Что касается до объема юридическихъ обязанностей, то онѣ бываютъ или общія или особенныя, смотря потому,

§ 48. a) Шталь ibid. II. 1. стр. 275. полагаетъ, что юридическая обязанность бываетъ «только отрицательная» и приводитъ тому слѣдующее основаніе: «цѣль ея», говоритъ онъ, «уже выполнена, это уже осуществленный внѣшній порядокъ общежитія. Требуется одно, — не прерывать ее въ ея правильномъ дѣйствіи». Мнѣніе это совпадаетъ съ опредѣленіемъ, уже оспореннымъ въ § 2. Прим. b), и потому уничтожается вмѣстѣ съ нимъ. Но очевидно неправильно называть отрицательною ту юридическую обязанность, гдѣ содержаніе составляетъ утвердительное или положительное дѣйствіе, напр. уплата долга.

принадлежатъ ли онѣ (въ отношеніяхъ, которыхъ касаются) всѣмъ или только опредѣленнымъ лицамъ. Это раздѣленіе юридическихъ обязанностей можно понимать съ различныхъ сторонъ. Если примѣнить его, напр. къ гражданскимъ обязанностямъ въ государствѣ, то къ общимъ относятся обязанности, касающіяся всѣхъ гражданъ, какъ таковыхъ; къ особеннымъ же тѣ, которыя касаются только извѣстныхъ классовъ, напр. государственныхъ сановниковъ, или даже лицъ, напр. опредѣленнаго сановника. Съ этой стороны и общія юридическія обязанности по содержанію могутъ быть какъ положительныя, такъ и отрицательныя. Но если придать понятію общей юридической обязанности обширнѣйшій смыслъ, то слѣдуетъ подразумѣвать подъ нею обязанность, лежащую на всѣхъ людяхъ по отношенію къ другимъ и главнымъ образомъ по отношенію къ юридическому порядку; напротивъ особенными будутъ называться юридическія обязанности, принадлежащія только одному или нѣсколькимъ опредѣленнымъ лицамъ по отношенію къ одному же или также нѣсколькимъ опредѣленнымъ уполномоченнымъ. Общая юридическая обязанность въ обширномъ объемѣ по содержанію бываетъ собственно только отрицательною [a]), ибо состоитъ единственно въ воздержаніи отъ всякаго нарушенія права и юридическаго порядка; но иногда для ея выполненія бываютъ необходимы и положительныя дѣйствія [b]). Общая отрицательная юридическая обязанность соотвѣтствуетъ не только правамъ первоначальнымъ или прирожденнымъ, но и всякому пріобрѣтенному праву, такъ что вездѣ, гдѣ есть право, она является сама по себѣ необходимымъ его слѣдствіемъ

§ 49. a) Другаго мнѣнія придерживается, напр. Рöдеръ въ св. Grundz. d. Naturr. § 66, изд. 1-е.

b) Напримѣръ, отдача найденнаго собственнику, который сдѣлался извѣстнымъ нашедшему.

(§ 6). Напротивъ особенныя юридическія обязанности всегда предполагаютъ особенное юридическое отношеніе между опредѣленными лицами, и по своему содержанію могутъ быть и положительными и отрицательными, смотря потому, на какія дѣйствія со стороны обязавшагося пріобрѣлъ право уполномоченный,—на положительныя или отрицательныя.

Рядомъ съ подобною особенною обязанностью существуетъ въ то же время и общая отрицательная юридическая обязанность, такъ какъ она ведетъ къ тому, чтобы не нарушать особеннаго юридическаго отношенія и вмѣстѣ съ тѣмъ не препятствовать уполномоченному въ пользованіи присущимъ ему правомъ иска, или правомъ на другое лицо, а обязавшемуся — въ исполненіи лежащаго на немъ особеннаго обязательства.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ПРОИСХОЖДЕНІЕ, ПРИЛОЖЕНІЕ, КОЛЛИЗІЯ, НАРУШЕНІЕ, ОХРАНЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ПРАВЪ И ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОБЯЗАННОСТЕЙ.

§ 50.

Общія замѣчанія объ измѣненіяхъ правъ, о дѣйствіяхъ и ихъ юридическомъ оборотѣ.

Измѣненія въ юридической сферѣ лица происходятъ всякій разъ, какъ совершается нѣчто, оказывающее дѣйствительное вліяніе на существующій объемъ и свойство правъ или обязанностей; вліяніе можетъ сказаться въ пріобрѣтеніи новыхъ правъ и возникновеніи новыхъ обязанностей, или въ измѣненіи уже существующихъ, или же наконецъ въ прекращеніи тѣхъ и другихъ. Подобныя юридическія измѣненія могутъ быть произведены не только человѣческими дѣйствіями, но и явленіями природы или другими событіями, которыя называютъ случаями. Человѣческія дѣйствія, могущія произвести юридическія измѣненія, бываютъ дозволенныя и недозволенныя; дозволенныя же дѣйствія, которыя стремятся къ установленію, измѣненію или уничтоженію юридическихъ отношеній, называются **сдѣлками**. Всякое дѣйствіе, для того, чтобы имѣть юридическія слѣдствія для дѣйствующаго лица, необходимо требуетъ отъ субъекта **юридической способности къ дѣйствіямъ**; а эта способность обусловливается возможностью пользоваться духовными силами, какъ то: разу-

момъ и свободною волею. Слѣдовательно всякаго, кто лишенъ этой возможности по незрѣлому возрасту или по духовной немощи, нельзя считать ни подлежащимъ вмѣненію за недозволенныя дѣйствія, ни способнымъ къ заключенію сдѣлки или къ совершенію какого-либо дѣйствія съ юридическимъ значеніемъ. Потому, очевидно, въ юридическихъ отношеніяхъ такое лицо нуждается въ представителѣ, который уполномоченъ и обязанъ дѣйствовать за него и притомъ въ его интересѣ. Къ подобному юридическому представительству физическаго лица, неспособнаго къ дѣйствіямъ, относится выраженіе: опека (Vormundschaft). Всякій же, кто нуждается въ ней потому, что вслѣдствіе субъективныхъ недостатковъ неспособенъ дѣйствовать самостоятельно, распознавать свои права и придавать имъ силу, называется малолѣтнимъ (unmündig). Выраженіе это въ болѣе обширномъ смыслѣ относится также и къ сумасшедшимъ или слабоумнымъ [a]); въ тѣсномъ и обыкновенномъ смыслѣ малолѣтнимъ называется тотъ, у котораго неспособность къ дѣйствіямъ основывается на неполномъ развитіи задатковъ и силъ вслѣдствіе несовершеннаго возраста. Вотъ почему, по естественному юридическому воззрѣнію, понятіе о малолѣтнемъ въ тѣсномъ смыслѣ совпадаетъ съ понятіемъ о несовершеннолѣтнемъ; однако положительныя права, имѣя постоянно въ виду цѣлесообразность и справедливость, признали различіе между обоими понятіями, приписавъ тому и другому различныя слѣдствія [b]). Юридическія лица для пріобрѣтенія и отчужденія правъ нуждаются также въ представителѣ; послѣднимъ, смотря по различному устройству ихъ, можетъ быть или лицо, представляющее собою коллективный субъектъ правъ, или собственно къ тому назначенные органы.

---

§ 50. a) Въ нѣмецкомъ языкѣ есть этимологическое сродство. Ср. Кругъ: Dikäologie въ прим. къ § 102.

b) Наиболѣе рѣзкимъ образомъ выступаетъ въ Римскомъ правѣ различіе между impuberes и minores (vigintiquinque annis или annorum), даже касательно опеки. Ср. § 169, прим. c).

§ 51.

Юридическій оборотъ между людьми заключается преимущественно въ совершеніи сдѣлокъ. Облегченію и ускоренію его способствуетъ принятіе и общественное признаніе средства, съ помощью котораго можно вымѣнять, пріобрѣсть или заставить исполнить все, что, соотвѣтствуя человѣческимъ цѣлямъ и потребностямъ, способно подвергнуться юридическому обороту; средства,—которое въ то же время употреблялось бы какъ общій масштабъ, дабы по немъ опредѣлять внѣшнюю стоимость всѣхъ благъ, дѣйствій и правъ, на сколько, конечно, они по природѣ допускаютъ внѣшнюю оцѣнку. Подобное средство для оборота суть деньги [a]). Вещество, могущее служить въ качествѣ денегъ, можетъ быть различно [b]), и опредѣляется только цѣлесообразностью [c]). Существенное же условіе и свойство денегъ состоитъ въ томъ, чтобы онѣ были приняты и признаны въ государствѣ (или въ нѣсколькихъ государствахъ, если они употребляются и въ иностранномъ оборотѣ): 1) какъ общее средство мѣны

---

§ 51. a) Чрезвычайно удачное объясненіе существа денегъ находимъ у Савиньи въ Obligationenrecht I. стр. 404. слѣд.—Неудовлетворительны замѣчанія о деньгахъ Канта въ Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 122. seq.

b) Примѣры веществъ, которыми пользовались, какъ деньгами, на болѣе низкой ступени развитія, приводитъ Савиньи ibid. стр. 408.—О кожаныхъ деньгахъ бывшихъ въ употребленіи у Карфагенянъ см. Salmas. de usur. стр. 463 и Фишеръ въ его (3) изд. Aeschines Socratic. стр. 78, прим. 2.

c) О причинахъ, почему благородные металлы (серебро и золото) преимущественно годны быть веществомъ для денегъ, см. Савиньи ibid. стр. 409. seq; о свойствѣ бумажныхъ денегъ см. тамъ же, стр. 413. seq.

для предметовъ, дѣйствій и правъ, подверженныхъ обороту [d]), (изъ послѣдняго качества денегъ ясно, что онѣ должны быть причислены къ вещамъ потребляемымъ и замѣняемымъ, § 42 [e]); 2) какъ общій масштабъ для опредѣленія цѣны всѣхъ благъ, дѣйствій и правъ, допускающихъ оцѣнку [f]), Цѣною называется собственно внѣшнее достоинство, которое придается благу, дѣйствію и праву по принятой въ юридическомъ оборотѣ общей единицѣ измѣренія (всякаго имущества). Оцѣнка состоитъ въ опредѣленіи цѣны; самое же свойство блага, дѣйствія и права, въ силу котораго они могутъ быть подведены подъ опредѣленную цѣну (впрочемъ не всегда, § 42, конецъ), называется ихъ цѣнностью. Слѣдовательно деньги представляютъ внѣшнюю стоимость всѣхъ имуществъ и даютъ лицу, владѣющему ими, обширную имущественную власть на всѣ предметы юридическаго оборота, и обратно: всѣ имущества, по своему внѣшнему достоинству могутъ быть обращены въ деньги, такъ что ими можетъ быть опредѣлено имущество каждаго лица [g]). Впрочемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ юридическаго оборота деньги принимаютъ характеръ товара, напр. при размѣнѣ, т. е. при обмѣнѣ извѣстныхъ видовъ денегъ на другіе; потому онѣ могутъ служить не только общимъ средствомъ мѣны, но иногда являются средствомъ къ пріобрѣтенію, преимущественно въ ссудахъ за проценты.

---

d) Къ объясненію свойства денегъ и ихъ опредѣленію, какъ общепризнаннаго средства мѣны, относятся слѣдующія слова Paulus въ L. 1. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) «.... quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia, formâ publicâ percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate....»

e) Это правило, конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ вслѣдствіе характера заключенной сдѣлки или вслѣдствіе желанія заинтересованныхъ лицъ допускаетъ исключенія, напр., если отдаютъ кому либо на сохраненіе опредѣленную сумму денегъ, запечатанную или запертую, или если ссужаютъ другаго извѣстными монетами только на показъ, съ условіемъ возвратить не другія, а тѣ же самыя монеты и т. д.

f) Ср. Aristoteles: Ethic. Nicom. V. c. 8.

g) Ср. Савиньи ibid. стр. 405. seq. и Syst. d. heut. Röm. Rechts. I. стр. 376. seq.

§ 52.

Пріобрѣтеніе правъ и происхожденіе юридическихъ обязанностей.

Для пріобрѣтенія каждаго права необходимы три условія: 1) субъектъ, способный къ пріобрѣтенію. Юридическая способность пріобрѣтать вообще есть, конечно, слѣдствіе правоспособности, и потому сама собой принадлежитъ всякому физическому и юридическому лицу, какъ таковому.— Если же особенная природа права требуетъ отъ того, кому оно должно принадлежать, особенныхъ качествъ и отношеній, то послѣднія, очевидно, должны быть присущи лицу, желающему пріобрѣсть подобное право. 2) Содержаніе права или предметъ, на который можетъ быть пріобрѣтено право. Само собою понятно, что внѣшнее дѣйствіе, которое должно образовать содержаніе пріобрѣтаемаго права, никогда не можетъ быть юридически недозволеннымъ, ибо пріобрѣтать право для какого-то неправа было бы и логическое, и реальное противорѣчіе. Точно также и объектъ, на который слѣдуетъ пріобрѣсти право, долженъ соотвѣтствовать самому праву; поэтому физически невозможный объектъ составляютъ вещи, совершенно изъятыя изъ области физическаго вліянія человѣка; юридически недозволенный объектъ есть вся личность человѣка въ ея полнотѣ (§ 41). 3) Способъ пріобрѣтенія или фактъ пріобрѣтенія, т. е. дѣйствіе или другое событіе, въ силу котораго пріобрѣтаемое право становится дѣйствительно принадлежностью

извѣстнаго субъекта. Факты пріобрѣтенія по разнообразію пріобрѣтаемыхъ правъ могутъ быть различны, но во всякомъ случаѣ, по своей природѣ и основному положенію права, должны вести къ тому, чтобы добыть право опредѣленному субъекту. Потому противоправовое дѣйствіе не можетъ обосновать права для самаго дѣйствующаго лица. Въ противномъ случаѣ возможность силою неправа пріобрѣтать право заключала бы въ себѣ противорѣчіе съ идеей справедливости [a]). Это положеніе можетъ измѣниться только въ отношеніи правъ, не имѣющихъ природы чистыхъ правъ, а существующихъ безраздѣльно (§ 7. adf.) съ обязанностями, какъ ихъ необходимыя слѣдствія [b]). Въ положительномъ правѣ къ источникамъ пріобрѣтенія правъ слѣдуетъ причислить и тѣ законы, въ силу которыхъ человѣкъ получаетъ право непосредственно, т. е., что съ его стороны нѣтъ болѣе необходимости въ другомъ фактѣ пріобрѣтенія. Подобныя права называютъ правами установленными закономъ въ отличіе отъ пріобрѣтенныхъ, т. е. правъ, обоснованныхъ другими фактами.

§ 53.

Обратимся къ происхожденію юридическихъ обязанностей. Общая отрицательная юридическая обязанность, въ самомъ обширномъ значеніи, соотвѣтствуя безъ различія каждому праву, какъ его необходимое слѣдствіе, уже сама собой

§ 52. a) Въ Римскомъ правѣ это положеніе выражается такъ: «Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest», L. 134. § 1. D. de regul. jur. (L. 17.) и «Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem». L. 206. D. eod.

b) Напр., во власти родителей, которая, какъ слѣдствіе обязанностей родителей по отношенію къ дѣтямъ, является необходимостью даже и при незаконномъ прижитіи послѣднихъ.

тѣсно связана съ существованіемъ какого бы то ни было права (§ 49). Другія же юридическія обязанности, являющіяся только въ извѣстныхъ отношеніяхъ, какъ общія, такъ и частныя, постоянно обусловлены существованіемъ опредѣленнаго юридическаго отношенія, къ которому относятся; а потому могутъ имѣть различное начало вслѣдствіе разнообразнаго происхожденія и природы юридическихъ отношеній, съ которыми онѣ связаны, какъ причины и слѣдствія. Конечно, большею частію, онѣ основываются на собственныхъ дѣйствіяхъ обязавшагося лица, частію дозволенныхъ, частію недозволенныхъ. Однако юридическія обязанности могутъ быть обоснованы и непосредственно законными предписаніями. Въ приложеніи къ собственнымъ дѣйствіямъ, какъ источникъ юридическихъ обязанностей, дѣйствуетъ слѣдующее общее правило: всякій, имѣющій юридическую способность къ дѣйствіямъ (§ 50), долженъ отвѣтствовать за слѣдствія своихъ дѣйствій, юридически необходимыя и слѣдовательно, обязанъ къ тому, что вытекаетъ изъ его дѣйствія, какъ юридически необходимое слѣдствіе. Но во всякомъ случаѣ, для обоснованія юридической обязанности относительно ея содержанія и предмета важно условіе, чтобы она не была направлена на что либо невозможное, такъ какъ необходимость дѣйствія безъ его возможности не можетъ быть принята разумомъ, или на что либо противоправовое и безнравственное. Иначе мы дали бы мѣсто внутреннему противорѣчію: какимъ образомъ сдѣлаться юридически обязаннымъ къ тому, что противорѣчитъ или принципамъ права, или первому и высшему источнику всѣхъ обязаностей, т. е. волѣ Божіей и нравственному назначенію человѣка (§ 21)?

§ 54.

Субъектъ можетъ пріобрѣтать права не только самъ, но и при посредствѣ другихъ, и при томъ, какъ вслѣдствіе

дозволенныхъ, такъ и недозволенныхъ дѣйствій съ ихъ стороны. О частныхъ юридическихъ слѣдствіяхъ послѣднихъ по отношенію къ обиженному см. § 61. Что же касается до дозволенныхъ дѣйствій со стороны другихъ, то въ силу ихъ, по естественному праву, субъектъ пріобрѣтаетъ частью тогда, когда онъ или уполномочилъ другаго къ совершенію дѣйствія, направленнаго на пріобрѣтеніе права, или одобрилъ дѣйствіе уже совершенное; частію же въ томъ случаѣ, если лицо, которое юридически заступаетъ другое физическое или юридическое (§ 50), для обращенія правъ нуждающееся въ представительствѣ, дѣйствуетъ за него. Вслѣдствіе дѣйствій со стороны другихъ субъектъ дѣлается также обязаннымъ, если подалъ поводъ къ нимъ, или уполномочилъ на нихъ, или одобрилъ ихъ, равно если дѣйствія совершаются его представителемъ въ общей юридической области. Въ недозволенныхъ дѣйствіяхъ однако, послѣднее правило подвергается измѣненію въ той мѣрѣ, въ какой вытекающія изъ нихъ обязанности постоянно касаются только совершившаго ихъ или подавшаго поводъ къ нимъ, а не того, кто въ совокупности своихъ юридическихъ отношеній представляется другимъ лицомъ. Впрочемъ римское право въ рѣшеніи вопроса, на сколько можно посредствомъ другихъ пріобрѣтать права и вступать въ обязательныя отношенія, не всегда согласно съ вышеприведенными положеніями естественнаго права; оно частію распространило ихъ, частію же ограничило [a]).

---

§ 54. a) О двухъ, сюда относящихся основныхъ положеніяхъ, имѣвшихъ силу въ древнемъ римскомъ правѣ, хотя съ теченіемъ времени подвергшихся значительнымъ измѣненіямъ, см. Шиллинга Lehrb. für Institut. и Gesch. des Röm. Privatr. II. § 94. — Частныя рѣшенія вопроса: въ какой мѣрѣ опекаемые дѣлаются обязанными вслѣдствіе недозволенныхъ дѣйствій со стороны ихъ опекуновъ? находятся, напр. въ L. 1. и 3. D. quando ex facto tutor. (XXVI. 9.) L. 3. § 1. D. de tributor. act. (XIV. 4.) L. 1. § 6. D. ne vis fiat. ei etc. (XLIII 4).

§ 55.

Пользованіе правами и исполненіе юридическихъ обязанностей.

Пользоваться правомъ значитъ осуществлять или давать силу тому, на что каждый уполномоченъ. Изъ природы права самаго по себѣ ясно, что субъектъ по желанію можетъ пользоваться правомъ или оставить его безъ употребленія. Въ противномъ случаѣ право, которымъ нельзя было бы вовсе пользоваться, сдѣлалось бы понятіемъ безъ содержанія и безъ дѣйствительнаго значенія, а право, которымъ слѣдовало бы пользоваться непремѣнно, во чтобы то ни стало, по крайней мѣрѣ, было бы не чистымъ правомъ, но въ то же время и обязанностью; впрочемъ въ извѣстномъ образѣ дѣйствія иногда совпадаетъ характеръ права и обязанности (§ 7. adf.) [a]). Вообще правомъ можно воспользоваться тогда, когда оно дѣйствительно обосновано, и когда фактическія обстоятельства допускаютъ пользованіе имъ; однако съ другой стороны особенныя опредѣленія воли могутъ установить срокъ для начала пользованія правомъ, и тогда правомъ можно начать пользоваться только по наступленіи срока. Пользованіе правомъ или распоряженіе имъ позволительно, пока уполномоченному дѣйствительно принадлежитъ право, о которомъ идетъ рѣчь; если же кто либо распоряжается правомъ на будущее время, когда онъ и самъ болѣе не будетъ

---

§ 55. a) Далеко заходятъ Аренсъ въ св. Rechtsphilos. стр. 303. и Рёдеръ въ св. Grundz. d Naturr. стр. 49. То, что справедливо только въ приложеніи къ правамъ, имѣющимъ въ одно и то же время характеръ обязанностей, они распространяютъ на всѣ права, какъ общее правило. Подобному пониманію, противорѣчащему природѣ чистаго права, противостоитъ также выраженіе римскаго права въ L. 41. D. de minor. (IV. 4): « . . . . unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. . . . »

имѣть его, то подобному распоряженію по естественному воззрѣнію нельзя придавать силы [b]). Съ другой стороны пользованіе правомъ, будучи дозволено по основнымъ положеніямъ права, можетъ быть невозможно фактически, т. е. вслѣдствіе прившедшихъ обстоятельствъ, по крайней мѣрѣ, на извѣстное время, напр. пользованіе правомъ собственности на потерянную вещь, уплата долга со стороны должника, не имѣющаго никакой собственности и т. п. Кромѣ того, обыкновенно пользоваться правомъ можетъ не только субъектъ самъ, но и другіе за него, или вслѣдствіе данной на то довѣренности, или въ силу общаго представительства. Правило это допускаетъ исключенія, которыя основываются или на особой природѣ извѣстныхъ правъ, напр. семейныхъ, или на связи съ личными качествами и отношеніями. И положительныя права для нѣкоторыхъ юридическихъ дѣйствій не допускаютъ представителя [c]).

§ 56.

Исполненіе юридической обязанности состоитъ въ осуществленіи того, къ чему кто либо юридически обязанъ. Уже изъ природы юридической обязанности ясно, что исполненіе ея не зависитъ отъ доброй воли обязавшагося, а должно воспослѣдовать, на сколько вообще допускаютъ обстоятельства. Обыкновенно оно должно быть совершено лицомъ, вступившимъ въ обязательныя отношенія. Послѣднее само собою понятно въ отрицательныхъ юридическихъ обязанностяхъ вслѣдствіе ихъ природы; но то же правило относится и къ

b) Положительныя права принимаютъ прямо противоположное, придавая силу распоряженіямъ послѣдней воли. Ср. § 75.

c) Большею частію это имѣетъ силу въ Римскомъ правѣ. Примѣры того находятся въ L. 90. pr. D. de acquir. hered. (XXIX. 2). L. 17. § 1. D. de appellat. (XLIX. 1) L. 13. § 10. D. de acceptilat (XLVI. 4. L. 123. pr. D. de regul. jur. (L. 17) L. 3. C. de vindict. (VII. 1).

положительнымъ юридическимъ обязанностямъ, при исполненіи которыхъ личныя качества и отношенія обязавшагося принимаются въ соображеніе. Напротивъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло заключается въ осуществленіи содержанія юридической обязанности въ пользу субъекта, все равно кѣмъ бы то ни было, какъ напр. при уплатѣ денежной суммы—тамъ исполненіе юридической обязанности можетъ послѣдовать и со стороны другихъ, а не самаго обязавшагося. Если же лицо обязавшееся въ юридическихъ отношеніяхъ представляется другимъ, то исполнителемъ долженъ явиться представитель.

§ 57.

Коллизія правъ и юридическихъ обязанностей.

Между правами различныхъ лицъ, въ моментъ пользованія ими, вслѣдствіе особенныхъ обстоятельствъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, можетъ произойти коллизія, т. е. такое отношеніе между правами нѣсколькихъ субъектовъ, при которомъ пользованіе ими въ одно время или совершенно, или отчасти становится невозможнымъ [a]). Впрочемъ не должно считать дѣйствительнымъ случаемъ коллизіи тотъ, когда изъ противорѣчащихъ другъ другу требованій различныхъ лицъ, не всѣ обоснованы дѣйствительно или правомѣрнымъ образомъ; напр., если въ отношеніи къ одному и тому же предмету одинъ выводитъ свое требованіе изъ предшествующаго, а другой изъ послѣдующаго дѣйствія, направленнаго къ пріобрѣтенію. Здѣсь послѣднее требованіе, на сколько оно противорѣчитъ первому, не слѣдуетъ считать вовсе дѣйствительно обоснованнымъ правомъ, такъ какъ предметъ, на который право уже пріобрѣтено, обыкновенно не можетъ быть

§ 57. a) Нѣкоторые считаютъ невозможной коллизію правъ по естественному праву, напр. Кругъ въ св. Dikaeologie стр. 254. прим. *) и Аренсъ въ св. Rechtsphilos. стр. 306.

противъ воли субъекта объектомъ новаго пріобрѣтенія въ силу другаго права, несоединимаго съ первымъ. Если же, при существующемъ правѣ, обоснованіе другаго права на одинъ и тотъ же предметъ возможно, не умаляя тѣмъ самымъ перваго. напр. право вторичнаго заклада предмета уже заложеннаго, достоинство котораго однако не уничтожилось требованіемъ, лежащимъ въ основаніи перваго заклада,— въ такомъ случаѣ второе обоснованое право имѣетъ силу и считается дѣйствительнымъ только въ той мѣрѣ, въ какой не подвергаетъ опасности и не умаляетъ перваго. Въ подобныхъ случаяхъ, слѣдовательно, дѣйствуетъ правило: предшествующее право предпочитается послѣдующему [b]). Иначе между многими правами, по ихъ природѣ, нельзя было бы принять раздѣленія, по которому однимъ правомъ слѣдуетъ пользоваться прежде, другимъ—послѣ, даже въ случаѣ, если одно менѣе важно, чѣмъ другое [c]); скорѣе изъ понятія и природы дѣйствительно существующаго права вытекаетъ, что субъектъ долженъ воспользоваться имъ, какъ скоро пользованіе дозволительно и фактически возможно (§ 55), и притомъ во всемъ его объемѣ, если не привходятъ особенныя причины для его ограниченія. Потому и при коллизіи правъ по естественному юридическому воззрѣнію, каждый изъ субъектовъ можетъ вполнѣ воспользоваться своимъ правомъ, даже если бы другой вслѣдствіе этого былъ ограниченъ или стѣсненъ

---

b) Этому же правилу слѣдуетъ и Римское право въ обыкновенномъ распредѣленіи нѣсколькихъ заимодавцевъ по залогу. L. 11. pr. и L. 12. pr. D. qui potiores in pignore hab. (XX. 4). L. 2. C. eod. (VIII. 18). «.... Nam quum de pignore utraque pars contendit, praevalet jure, qui praevenit tempore». L. 4. C. eod. «.... sicut prior es tempore, ita potior es jure», какъ и въ другихъ отношеніяхъ. L. 98. D. de regul. jur. (L. 17).

c) Другаго мнѣнія Эберти въ св. Versuchen auf dem Gebiete des Naturr. стр. 160. seq.

въ пользованіи присущимъ ему правомъ [d]). Въ случаѣ коллизіи естественное слѣдствіе предупрежденія (Prävention) состоитъ собственно въ томъ, что субъектъ, который первый пользуется своимъ правомъ, самую выгоду извлекаетъ прежде другихъ, менѣе внимательныхъ и дѣятельныхъ [e]). Но въ положительныхъ правахъ встрѣчается много уклоненій, которыя частію основываются на причинахъ политическихъ, частію на справедливости; такъ что здѣсь при судебномъ преслѣдованіи или одно право предпочитается другому (откуда ведетъ начало необоснованное въ естественномъ правѣ различіе между привиллегированными и простыми или сильнѣйшими и слабѣйшими правами) [f]), или же является взаимное ограниченіе въ пользованіи правъ, пришедшихъ въ столкновеніе [g]).

§ 58.

Какъ между правами различныхъ лицъ, такъ и между юридическими обязанностями, или обязательствами одного и того же обязавшагося въ отношеніи къ различнымъ уполномочен-

---

d) Ср. Гросъ: Lehrb. d. philos. Rechtswiss. § 91.

e) Ср. Шталь: Philos. d. Rechts. II. 1. стр. 316.—Признаніе этого принципа встрѣчается также въ L. 6. § 7. init. и L. 24. in. f. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8).

f) Такъ, напр., если несостоятельный должникъ имѣетъ нѣсколько кредиторовъ, одновременно настаивающихъ на удовлетвореніи, въ такомъ случаѣ не только заимодавцы по залогамъ предпочитаются заимодавцамъ по роспискѣ, L. 6. C. de bonis auctoritate judicis possidend. (VII. 72), но (по крайней мѣрѣ по Римскому праву) и между правами по закладу, какъ и между требованіями по роспискѣ, есть снова привиллегированныя. О единичныхъ примѣрахъ этого см. Шиллинга Lehrb. für Institut. и Gesch. d. Röm. Privatr. II. § 221. и III. § 230.

g) Это случается съ кредиторами по роспискѣ должника, попавшаго подъ конкурсъ, если никто изъ нихъ не имѣетъ права на преимущество предъ другими. L. 6. in f. C. cit. «.... aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest».

нымъ, можетъ произойти коллизія, которая ведетъ къ тому, что одновременное исполненіе нѣсколькихъ обязанностей или совершенно, или отчасти невозможно; напр., въ случаѣ, упомянутомъ въ предшествующемъ §, гдѣ имущество должника, имѣющаго многихъ кредиторовъ, недостаточно для удовлетворенія всѣхъ [a]). Если по отношенію къ извѣстному предмету или опредѣленному дѣйствію обязанность уже существуетъ, то другую обязанность, возникшую позднѣе и касающуюся того же предмета или того же рода дѣйствія, можно считать дѣйствительною въ той мѣрѣ, въ какой она не уничтожаетъ возможности исполнить первую и потому должна непосредственно слѣдовать за первой [b]). Впрочемъ, по естественному праву, между многими дѣйствительно обоснованными обязанностями, какъ и между многими правами, нельзя признать преимущества одной передъ другой относительно исполненія; скорѣе каждая обязанность должна быть исполнена вполнѣ. — Вотъ почему исполненіе обязанности со стороны обязавшагося считается правомѣрнымъ и дѣйствительнымъ даже, если тѣмъ самымъ затрудняется возможность исполнить другую обязанность, конечно подъ условіемъ, что время исполненія первой уже наступило. Однако послѣднее правило въ положительномъ правѣ подвергается измѣненію, если права, соотвѣтствующія обязанностямъ, по степени силы различны; тогда болѣе сильное право должно быть удовлетворено прежде другаго сла-

---

§ 58. a) Уже изъ этого примѣра очевидна несостоятельность мнѣнія, высказаннаго нѣкоторыми, напр., Кантомъ въ его Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 23. seq. и Кругомъ: loc. cit. стр. 254. прим. *), будто коллизія юридическихъ обязанностей совершенно невозможна. — Другіе случаи коллизіи между юридическими обязанностями вмѣстѣ съ интереснымъ изслѣдованіемъ этого предмета содержитъ L. 31. D. depos. (XVI. 3).

b) Этотъ принципъ признаетъ и Римское право въ L. 26. D. locat. (XIX. 2). «In operis duobus simul locatis convenit, priori conductori ante satisfieri».

бѣйшаго (§ 57. пр. f); или, если несостоятельный должникъ, имѣя нѣсколькихъ кредиторовъ, совершенно равноправныхъ, по личному расположенію къ одному изъ нихъ, вздумаетъ удовлетворить его въ ущербъ другимъ, то остальные обиженные заимодавцы не успокоиваются; они начинаютъ оспаривать уплаченную сумму и всегда имѣютъ возможность уничтожить силу совершенной сдѣлки, на сколько это необходимо для уравненія ихъ съ собратомъ, поставленнымъ въ исключительное положеніе [c]).

§ 59.

Нарушенія права: А) Понятіе и ихъ признаки.

Если кто-либо какимъ бы то ни было дѣйствіемъ, на которое онъ не имѣетъ права, вторгается въ юридическую область другаго лица или нарушаетъ юридическій порядокъ, и такимъ образомъ производитъ нѣчто противное праву, то тѣмъ самымъ совершаетъ правонарушеніе или неправо; послѣднее становится преступленіемъ или проступкомъ, какъ скоро преступается уголовный законъ (§ 27. adf.). Правонарушеніе, направленное противъ опредѣленнаго физическаго или юридическаго лица, называется также обидой (Beleidigung), въ обширномъ смыслѣ, или вредомъ (Beeinträchtigung), такъ какъ всякое дѣйствіе, противное праву, влечетъ за собой ущербъ въ юридической области субъекта. Съ каждымъ правонарушеніемъ со стороны совершающаго его тѣсно связано нарушеніе юридической обязанности, т. е., что лицо или не исполняетъ того, къ чему юридически обязано, или дѣйствуетъ противно этому. И такъ для понятія о правонарушеніи всегда необходимо человѣческое дѣйствіе.

---

c) L. 6. § 2. D. de reb. auctor. judic. possid. (XLII. 5). L. 10. § 12. и L. 24. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8). Ср. также Готтшалкъ: Disceptat. forens. I. c. 36.

Впрочемъ ограничить насъ въ правахъ и въ пользованіи ими могутъ даже обнаруженія силъ неразумныхъ существъ, напр., явленія природы или случайныя событія; но ученіе о правонарушеніяхъ оставляетъ безъ вниманія эти явленія потому, что изъ нихъ, по естественному воззрѣнію на право, нельзя вывести юридическаго обязательства, по скольку въ нихъ не существуютъ совмѣстно два условія: человѣческое дѣйствіе и вина. Между тѣмъ по положительному праву хозяинъ животнаго, причинившаго вредъ, при извѣстныхъ условіяхъ, хотя на него и не падаетъ никакой вины, все-таки обязанъ вознаградить потерпѣвшаго за понесенные убытки [a]). Далѣе нарушенія права могутъ быть произведены только недозволенными дѣйствіями. Если же кто препятствуетъ другому пользоваться присущимъ ему правомъ, или даже причиняетъ ему какой бы то ни было вредъ тѣмъ, что самъ пользуется своимъ правомъ,—очевидно, онъ здѣсь еще не совершаетъ неправа въ отношеніи къ другому; каждый субъектъ, пользуясь своимъ правомъ исполняетъ только то, что допускаетъ и чего требуетъ природа самаго права [b]).—Впрочемъ чужое дѣйствіе, которое направлено противъ чьей-либо личности или имущества и которое содержало бы въ себѣ правонарушеніе, если бы совершилось безъ согласія этого лица, можетъ утратить характеръ неправа, когда совершится по волѣ лица, противъ котораго направлено, подъ условіемъ, что послѣднее

---

§ 59. a) Ср. tit. D. (IX. 1). и J. (IV, 9). Si quadrupes pauperiem fecisse dic. и Саксонское зерцало II. ст. 40.

b) Это основное положеніе обыкновенно выражается такъ: Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam; въ римскомъ правѣ оно встрѣчается и въ другой формѣ, именно. «Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur». L. 55. D. de regul. jur. (L. 17), также: «Non videtur vim facere, qui jure suo utitur. . . .» L. 155. § 1. D. eod., далѣе: «Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet». L. 151. D. eod.

способно къ дѣйствительному выраженію воли. Сюда относится выраженіе: Volenti non fit injuria [c]). Однако это общее правило въ своемъ приложеніи подвергается многимъ ограниченіямъ [d]). Собственно говоря, не примѣняется оно: 1) къ такимъ дѣйствіямъ, въ силу которыхъ личность изъявившаго согласіе уничтожается, или же самое лицо лишается права, по природѣ неотчуждаемаго. Ясно, что подобное дѣйствіе должно быть признано противнымъ праву потому, что личность и въ особенности неотчуждаемыя права человѣка, какъ по происхожденію, такъ и по существу, не могутъ быть предметомъ распоряженія другаго (§ 44. Nr. 2); въ этомъ случаѣ даже дозволеніе, данное субъектомъ другому на распоряженіе подобными правами, не имѣетъ юридической силы [e]). 2) Къ дѣйствіямъ, содержащимъ что-либо безнравственное; ибо безнравственное дѣйствіе даже при согласіи лица, противъ котораго оно направлено, не можетъ сдѣлаться дозволеннымъ. 3) Къ дѣйствіямъ, которыя противорѣчатъ абсолютно повелѣвающему или запрещающему закону, ибо собственно подобные законы ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть ни измѣнены частнымъ произволомъ, ни стѣснены въ приложеніи (§ 32). 4) Къ дѣйствіямъ, нарушающимъ особенную юридическую обязанность дѣйствующаго лица, отъ ко-

---

c) Въ L. 1. § 5. D. de injur. (XLVII. 10). Эта мысль выражена такъ: «. . . . nulla injuria est, quae in volentem fiat». — Напротивъ Аренсъ въ св. Rechtsphilos. стр. 305 вполнѣ лишаетъ ее значенія юридической истины.

d) Ср. Фейербаха Lehrb. des peinlichen Rechts. § 35. (изд. 9.) и въ особенности Бӧмертъ: Quatenus verum sit, quod vulgo dicitur: «Volenti non fieri injuriam», (Misen. 1854), и программу Марецолля подъ тѣмъ же заглавіемъ (Lips. 1858).

e) Слѣдуетъ обсудить замѣчаніе Шталя: Philos. d. Rechts I. стр. 150. seq. о рабствѣ по договору, которое онъ впрочемъ самъ же далѣе II. 1. стр. 313 признаетъ недозволеннымъ.

торой оно не можетъ быть освобождено волею того, противъ кого направлено дѣйствіе, напр., обязанность судьи по службѣ.

§ 60.

В) Различные виды правонарушеній.

Правонарушенія бываютъ: 1) по дѣйствію, которое производитъ ихъ, или положительныя, или отрицательныя, смотря потому, состоятъ ли они въ опредѣленномъ дѣйствіи, не соотвѣтствующемъ началу права, или въ отсутствіи дѣйствій, т. е. въ неисполненіи того, къ чему субъектъ юридически обязанъ. 2) По различію въ опредѣленіяхъ воли дѣйствующаго лица, они бываютъ или умышленныя (dolose), т. е. такія, которыя основываются на предварительномъ рѣшеніи совершить какое-либо дѣйствіе, при чемъ послѣдствія, противорѣчащія праву, были предусмотрѣны и даже желаемы; или же неумышленныя (culpose), содержащія въ себѣ дѣйствіе противоправовое, слѣдствіе котораго не было предметомъ желанія, хотя и было предусматриваемо, какъ возможное и вѣроятное, или же могло и должно было быть предусмотрѣно. — Конечно, уже изъ самаго понятія о нѣкоторыхъ правонарушеніяхъ и преступленіяхъ ясно, что они могутъ быть совершены только съ намѣреніемъ и съ умысломъ, противорѣчащимъ праву, а не просто по небрежности или непредусмотрительности, напр., воровство, обманъ, подлогъ и т. д. [a]). 3) По видимымъ послѣдствіямъ, правонарушенія бываютъ или совершившіяся или начатыя, смотря потому: вполнѣ ли окончено противоправовое дѣйствіе и, если дѣйствительное существованіе послѣдняго связано съ извѣстнымъ слѣдствіемъ, то привзошло ли это послѣдствіе или нѣтъ. Начатыя правонарушенія называются также покушеніями въ той мѣрѣ, въ какой принадлежатъ къ умышленнымъ.

§ 60. а) Объ этомъ смотри Марецоллъ: Criminalr. § 31 и 32.

§ 61.

С) Дѣйствія и слѣдствія правонарушеній.

Дѣйствія или слѣдствія правонарушенія бываютъ частью фактическія, частью юридическія; они касаются или того лица, чье право подверглось нарушенію, или того, кто самъ нарушилъ право. — По отношенію къ лицу обиженному, или потерпѣвшему фактическое слѣдствіе совершившагося правонарушенія состоитъ въ вознагражденіи за причиненный вредъ. Вредомъ собственно называется ухудшеніе состоянія лица тѣмъ, что принадлежащее ему благо удерживается, отнимается или умаляется. По своей природѣ вредъ бываетъ положительный или отрицательный. Первый состоитъ въ задержаніи, лишеніи или уменьшеніи блага, которое или уже принадлежало кому-либо, или же должно принадлежать по началу права. Второй, называемый также понесеннымъ убыткомъ (entgangene Gewinn), состоитъ въ уничтоженіи блага, которое кто-либо пріобрѣлъ бы по обыкновенному ходу дѣлъ или вслѣдствіе особенныхъ обстоятельствъ, по представившемуся случаю, если бы только другой не совершилъ дѣйствія, противнаго праву. Вредъ, вытекающій изъ правонарушенія, по возможности удовлетворенія, бываетъ или вознаградимый или невознаградимый, смотря потому, можетъ ли онъ быть уничтоженъ и вознагражденъ въ интересѣ потерпѣвшаго или нѣтъ. Первое отчасти достигается возвращеніемъ и возстановленіемъ самаго блага, задержаннаго у обиженнаго, или отнятаго, или же умаленнаго, частью доставленіемъ другаго блага по достоинству равнаго съ утраченнымъ; преимущественно же полнымъ удовлетвореніемъ интересовъ, т. е. совершеннымъ уничтоженіемъ различія между двумя положеніями имуще-

ства обиженнаго, — настоящимъ, вступившимъ по нарушеніи права, и тѣмъ, которое оно имѣло бы, если бы правонарушеніе не совершилось. — По отношенію къ виновнику правонарушенія юридическое дѣйствіе послѣдняго заключается въ томъ, что, по упомянутому въ § 53. принципу о происхожденіи юридической обязанности, — въ силу его онъ обязанъ отвѣчать за юридически необходимыя слѣдствія своего дѣйствія; другими словами онъ долженъ вознаградить потерпѣвшаго за весь причиненный вредъ, въ той мѣрѣ, въ какой это возможно, и подвергнуться юридическому принужденію, соотвѣтствующему противоправовому дѣйствію; если же послѣднее направлено противъ уголовнаго закона, то подвергается угрожаемому въ немъ наказанію. Этой обязанности виновника правонарушенія соотвѣтствуетъ съ другой стороны право обиженнаго требовать отъ обязавшагося исполненія обязанности, на сколько она касается его; онъ можетъ даже вынудить исполненіе, прибѣгая для соблюденія порядка къ принудительнымъ мѣрамъ. — Сверхъ того, если правонарушеніе, о которомъ идетъ рѣчь, имѣетъ характеръ преступленія или проступка, то обязанности виновника соотвѣтствуетъ право государственной власти подвергнуть лицо, преступившее законъ, наказанію, угрожаемому самимъ закономъ. Понятно, что какъ для частной обязанности вознаграждать за вредъ, такъ и для примѣненія наказанія, угрожаемаго закономъ, въ лицѣ совершившаго противоправовое дѣйствіе необходимо предполагается способность подлежать вмѣненію; послѣдняя же обусловлена такимъ состояніемъ духа дѣйствующаго, при которомъ дѣйствіе должно считать произведеніемъ его свободной воли. Объяснить всѣ эти случаи болѣе подробно будетъ гораздо удобнѣе въ естественномъ государственномъ правѣ, при вопросѣ объ условіяхъ примѣнимости уголовныхъ законовъ.

§ 62.

Охраненіе права силою принужденія.

Для обезпеченія правъ и юридическихъ обязанностей и для внѣшняго порядка, преимущественно же во избѣжаніе нарушеній того и другаго, необходимо внѣшнее охранительное средство; послѣднее и есть принужденіе (§ 9 и 10). Но для примѣненія его всякій разъ предполагается нарушеніе права и внѣшняго порядка или уже совершившееся, или предпринятое, или достовѣрно имѣющее совершиться. Юридическое принужденіе не можетъ простираться далѣе самаго нарушенія права и внѣшняго порядка, которымъ оно обусловливается; отсюда слѣдуетъ, что принужденіе, переходя за предѣлы цѣли и необходимости охраненія права, становится неправомъ [a]). — Замѣтимъ, въ вопросѣ: кѣмъ должно быть приведено въ дѣйствіе принужденіе для охраненія права? слѣдуетъ строго различать отношенія собственно въ государствѣ и внѣ его. — Именно въ государствѣ юридическое принужденіе принадлежитъ къ правамъ и обязанностямъ государственной власти и притомъ къ тѣмъ, которыя сами собой вытекаютъ изъ понятія и цѣли государства; юридическое принужденіе вообще становится возможнымъ сообразно идеѣ права только потому, что исходитъ отъ государственной власти и приводится въ исполненіе собственно къ тому назначенными общественными органами (§ 11). Не смотря на то, и въ государственномъ союзѣ могутъ представиться случаи, гдѣ присущее каждому человѣку право необходимой обороны, или вынужденнаго самозащищенія можетъ и должно занять исключительное мѣсто (§ 87). Но, за исключеніемъ подобныхъ случаевъ, въ государствѣ компетентныя власти могутъ

---

§ 62. а) Хотя Гросъ въ св. Lehrb. d. philosoph. Rechtswiss. § 96 и утверждаетъ, что право обиженнаго безконечно.

прибѣгать къ юридическому принужденію и охраненію права или только по предложенію самихъ соучастниковъ, или же и то и другое совершается самими органами правительства. Первое имѣетъ мѣсто, какъ скоро дѣло идетъ о томъ, чтобы охранить или придать значеніе частному требованію или интересу, отъ чего субъектъ можетъ и отказаться; второе, напротивъ, когда предупрежденіе или преслѣдованіе за нарушенія права и внѣшняго порядка становится необходимымъ ради общественнаго интереса, о которомъ должно заботиться государство. Въ случаяхъ перваго рода участники имѣютъ право требовать юридической помощи и охраненія отъ компетентной власти, прибѣгая къ юридическимъ средствамъ, форма и слѣдствія которыхъ точнѣе опредѣляются въ положительномъ правѣ; въ случаяхъ втораго рода напротивъ компетентныя власти сами, не дожидаясь требованія, принимаютъ извѣстныя мѣры, какъ для предупрежденія предстоящихъ, такъ и для преслѣдованія уже совершившихся нарушеній права и внѣшняго порядка.—Но внѣ государства, т. е. во взаимныхъ отношеніяхъ различныхъ, другъ отъ друга независимыхъ народовъ, такъ какъ они не подчинены никакой общественной главѣ, пользованіе юридическимъ принужденіемъ принадлежитъ тому самому народу, права котораго требуютъ охраненія; впрочемъ съ его согласія оно можетъ быть приведено въ дѣйствіе и другимъ народомъ, или обоими вмѣстѣ. Вмѣшиваться же противъ желанія народа въ охраненіе его правъ, обыкновенно другому народу не позволяется, также какъ и въ частныхъ отношеніяхъ никто не можетъ охранять право другаго безъ его согласія, кромѣ случая представительства [b]).

---

b) Сюда относится выраженіе Ульпіана въ L. 5. pr. D. si ususfruct. petat. (VII. 6). «.... de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet».

§ 63.

Различные виды юридическаго принужденія.

Цѣль юридическаго принужденія, т. е. охраненіе правъ, можетъ быть достигнута различнымъ образомъ; прежде всего (т. е. помимо наказаній, которыя имѣютъ особенное основаніе), цѣль можетъ быть достигнута тѣмъ, что положительному правонарушенію, еще не приведенному въ исполненіе, полагаются препятствія, или тѣмъ, что предупреждается отрицательное правонарушеніе, побуждая кого-либо къ исполненію лежащей на немъ положительной юридической обязанности; побудить можно уничтоженіемъ фактическаго слѣдствія уже совершившагося положительнаго или отрицательнаго правонарушенія, конечно, на сколько это возможно, и вознагражденіемъ обиженнаго. Отсюда вытекаютъ три главные вида юридическаго принужденія: первый имѣетъ цѣлью охраненіе (Vertheidigungszwang), второй—исполненіе (Erfüllungszwang) и третій — возстановленіе и вознагражденіе (Wiederherstellungs- und Entschädigungszwang). Но къ одному и тому же случаю можетъ быть приложено вмѣстѣ нѣсколько видовъ юридическаго принужденія (§ 67).

§ 64.

Въ силу принужденія, ведущаго къ охраненію, должно стараться препятствовать продолженію и совершенію правонарушенія, какъ уже начатаго, такъ и задуманнаго. Въ первомъ случаѣ принужденіе охраняющее имѣетъ характеръ обороны [a]); во второмъ же оно является силой, ведущей къ

---

§ 64. а) Къ юридическимъ средствамъ, которыя прилагаются къ этому виду охраняющаго принужденія, въ Римскомъ правѣ принадлежатъ, напр., interdicta retinendae possessionis, § 4. J. de interdict. (IV. 15), далѣе жалобы, направленныя на признаніе и значеніе оспариваемаго или нарушеннаго права, напр., confessoria и negatoria (или negativa) actio

предупрежденію (Zuvorkommungs- oder Praeventionszwang). Конечно, для приложенія послѣдняго вида, необходимо, чтобы задуманное правонарушеніе было достовѣрно или, по крайней мѣрѣ, вѣроятно на основаніи уважительныхъ причинъ. Но при этомъ условіи, лицо, которое или словомъ, или дѣломъ даетъ знать о своемъ замыслѣ оскорбить или причинить вредъ другому, выдаетъ себя за нарушителя обезпеченія правъ, допуская тѣмъ самымъ необходимость принужденія съ цѣлью отклонить задуманное правонарушеніе [b]).

§ 65.

Принужденіе къ исполненію (Erfüllungszwang) является необходимымъ въ случаѣ, если одно лицо въ отношеніи къ другому противозаконно медлитъ или вовсе отказываетъ въ извѣстномъ дѣйствіи, на которое другое лицо имѣетъ право, однако самое дѣйствіе еще можетъ быть исполнено; здѣсь принужденіе имѣетъ въ виду, чтобы со стороны обязавшагося

---

§ 2. J de action. (IV. 6), также и принадлежащее отвѣтчику право возраженія (exceptiones) для охраненія себя противъ судебнаго нападенія истца Ср. pr. — § 5. J. de except. (IV. 13).

b) Gellius N. A. VII. c. 3. § 41. и 42. «.... injurias autem imminentes praecavisse justum est, quam exspectavisse. Summa enim professio stultitiae, inquit, est, non ire obviam sceleribus cogitatis, sed manere opperirique, ut, cum admissa et perpetrata fuerint, tum denique, ubi, quae facta sunt, infecta fieri non possunt, puniantur».—Въ Римскомъ правѣ къ средствамъ гражданскаго права, когда прилагается сила, принуждающая къ предупрежденію, въ случаѣ, если для кого-либо представилась опасность, т. е. недостаточное обезпеченіе въ исполненіи должнаго ему дѣйствія, или въ осуществленіи извѣстнаго права, принадлежатъ, напр., necessariae cautiones или stipulationes (judiciales, praetoriae и communes), pr. § 1. 2. и 4. J. de divis. stipulat. (III. 18. или 19). L. 5. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1) и L. 1. pr.—§ 4. D. de stipulat. praetor. (XLVI. 5), также различные случаи missio in bona или in possessionem. Ср. tit. D quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4).

дѣйствительно воспослѣдовало исполненіе этого дѣйствія [a]). Если же долговое дѣйствіе составляетъ опредѣленный поступокъ, который нельзя вынудить у обязавшагося (§ 10), то конечно, при упорномъ отказѣ со стороны послѣдняго въ исполненіи своего долга, само принужденіе къ исполненію можетъ быть направлено только на эквивалентъ, т. е. на извѣстное дѣйствіе, которое должно служить замѣною должнаго [b]).

§ 66.

Принужденіе, ведущее къ возстановленію и вознагражденію (Wiederherstellungszwang und Entschädigungszwang), для своего примѣненія предполагаетъ уже совершившееся правонарушеніе, вслѣдствіе котораго обиженный или вполнѣ лишился извѣстнаго блага, или же послѣднее только умалилось. Цѣль этого вида принужденія уничтожить, на сколько возможно, фактическое слѣдствіе правонарушенія, т. е., взвѣсивши причиненный вредъ, вознаградить обиженнаго. Но по разнообразію случаевъ, вызывающихъ необходимость воспользоваться этимъ принужденіемъ, послѣднее можетъ быть приведено въ дѣйствіе различнымъ образомъ, и дѣйствительно оно является или принужденіемъ, ведущимъ къ возвращенію (Wiederzueignungszwang), или силой, принуждающей къ вознагражденію (Entschädigungszwang въ тѣсномъ смыслѣ),

---

§ 65. a) Этимъ видомъ принужденія въ положительномъ правѣ пользуются преимущественно въ искахъ, вытекающихъ изъ обязательныхъ отношеній, по крайней мѣрѣ въ большей части ихъ.

b) Потому въ Римскомъ правѣ въ обязательствахъ, направленныхъ на опредѣленное дѣйствіе, имѣетъ силу слѣдующій принципъ: тотъ, кто подвергнется въ нихъ обвиненію, долженъ быть присужденъ къ процентамъ. L. 13. § 1. D. de re judic. (XLII. 1). «.... quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.» Въ древнѣйшемъ Римскомъ правѣ во всѣхъ искахъ обвиненнаго присуждали къ денежной суммѣ. Gaj. Inst. IV. § 48.

или наконецъ принужденіемъ къ удовлетворенію (Genugthuungszwang).—Первое, т. е. принужденіе, ведущее къ возвращенію, вступаетъ въ силу, какъ скоро благо, отнятое у обиженнаго, въ своей индивидуальности еще существуетъ, и слѣдовательно можетъ быть возвращено; цѣль его добыть обиженному не другое, а то же самое благо [a]). Въ случаяхъ, гдѣ это невозможно, но гдѣ имущественный вредъ, причиненный лицу, право котораго нарушено, можетъ быть вознагражденъ другимъ образомъ, дѣйствуетъ сила, принуждающая къ вознагражденію или Entschädigungszwang въ тѣсномъ смыслѣ; послѣднее состоитъ въ томъ, что виновника правонарушенія по отношенію къ обиженному, у котораго онъ или отнялъ, или умалилъ извѣстное благо, принуждаютъ доставить ему другое благо совершенно равнаго достоинства, да и вообще вполнѣ удовлетворить интересы потерпѣвшаго (§ 61) [b]). Это принужденіе съ цѣлью вознаградить, ближе всего касаясь только имущественныхъ правъ, гдѣ вознагражденіе возможно, можетъ однако вступить въ силу и при нару-

---

§ 66. a) Въ Римскомъ правѣ это принужденіе встрѣчается главнымъ образомъ и въ самомъ обширномъ значеніи въ rei vindicatio L. 1. § 1 и L. 9. D. de rei vindicat. (VI. 1). L. 25. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7) § 1. in f. J. de action. (IV. 6). L. 1. C. ubi in rem act. (III. 19); также и въ другихъ юридическихъ средствахъ, хотя въ болѣе ограниченномъ слыслѣ, напр., въ recuperandae possessionis interdict. § 6. J. de interdict. (IV. 15); далѣе, въ condictiones, содержащихъ въ себѣ обратное требованіе опредѣленной вещи, ср. напр., L. 7. § 1. D. de condict. causa data c. n. s. (XII. 4). L. 7 и L. 15. pr. D. de condict. indeb. (XII. 6). L. 1 и L. 7. § 1. D. de condict. furt. (XIII. 1). L. 1. § 1 и L. 2. D. de condict. tritic. (XIII. 3).

b) Этотъ видъ принужденія примѣняется въ Римскомъ правѣ во многихъ юридическихъ средствахъ. Ср. L. 68. D. de rei vindicat. (VI. 1).—Особеннаго вниманія заслуживающій искъ, который ведетъ къ полному вознагражденію противозаконно причиненнаго вреда, есть—legis Aquiliae или damni injuriae actio. Ср. tit. J. de lege Aquil. (IV. 3) и tit. D. ad leg. Aquil. (IX. 2)

шеніи такихъ юридическихъ объектовъ, которые сами по себѣ собственно неоцѣнимы и невознаградимы (напр. въ случаѣ изувѣченія тѣла); и притомъ не только въ степени, необходимой для вознагражденія за издержки, причиненныя обиженному силою правонарушенія (напр., вознагражденіе за леченіе), но и въ той мѣрѣ, въ какой нарушенные объекты права служили въ одно и то же время средствомъ къ достиженію извѣстныхъ имущественныхъ цѣлей; послѣднія могутъ впрочемъ быть достигнуты и съ помощью другихъ средствъ, которыя слѣдуетъ однако доставить обиженному [c]).

Наконецъ принужденіе къ удовлетворенію имѣетъ мѣсто, какъ скоро кто-либо безъ юридическаго основанія оскорбляетъ честь другаго лица презрительными и позорными словами или дѣйствіями, или же посягаетъ на его доброе имя, распространяя не основательныя мнѣнія. Принужденіе въ этомъ случаѣ естественно прежде всего стремится къ возстановленію оскорбленной чести обиженнаго удовлетворительнымъ объясненіемъ или дѣйствіемъ со стороны оскорбителя [d]); съ другой стороны ясно, что подобное объясненіе или дѣйствіе не всегда можно вынудить у оскорбителя, такъ что, въ случаѣ упорства послѣдняго, само принужденіе становится недостаточнымъ. Вотъ почему по положительному праву обыкновенно нарушенія чести имѣютъ иныя юридическія слѣдствія,

---

c) Это признано и въ Римскомъ правѣ. L. 5. § 3. L. 6 и L. 7. pr. D. eod. L. 13. § 4. D. locat. (XIX. 2). L. 7. D. de his, qui effud. (IX. 3). «Quum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt; praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.»

d) Ср. Круга: Dikaeologie, § 61. Прим. 2.

которыя опредѣляются различно въ различныхъ положительныхъ правахъ [c]).

§ 67

По замѣчанію, уже сдѣланному въ § 63 adf., нѣсколько видовъ юридическаго принужденія могутъ сойтись вмѣстѣ вслѣдствіе одного и того же правонарушенія. Такъ принужденіе, ведущее къ вознагражденію, можетъ быть связано съ различными другими видами. Напримѣръ, съ тѣмъ принужденіемъ, которое имѣетъ цѣлью охраненіе и обнаруживается въ формѣ обороны въ случаѣ, если начатое правонарушеніе причинило дѣйствительный вредъ субъекту [a]); далѣе съ принужденіемъ, ведущимъ къ исполненію, если напр. субъектъ потерпѣлъ убытокъ уже вслѣдствіе того, что должное ему дѣйствіе было исполнено не во время [b]); наконецъ съ принужденіемъ къ возвращенію, въ случаѣ, если вещь, которую слѣдуетъ выдать субъекту, была повреждена ея

---

c) По Римскому праву оскорбленному принадлежитъ injuriarum actio, въ силу котораго онъ самъ можетъ оцѣнить нанесенное ему безчестіе и требовать отъ виновника сумму, опредѣленную оцѣнкой; послѣдняя, будучи слишкомъ высока, умѣряется судомъ, § 7. J. de injur. (IV. 4). Отъ оскорбленнаго же зависитъ не желать воспользоваться искомъ и требовать уголовнаго наказанія оскорбителя. § 10. J. eod. и L. 45. D. eod. (XLVII. 10). О слѣдствіяхъ оскорбленій чести, какъ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ, принятыхъ въ новѣйшихъ законодательствахъ, см. Марецолль: Criminalr. § 127.

§ 67. a) Потому по Римскому праву иски, имѣющіе въ виду охраненіе и признаніе нарушеннаго права, въ то же время направлены и на вознагражденіе вреда. Ср. напр., L. 4. § 2. L. 6. § 6 и L. 14. pr. D. si servit. vindic. (VIII. 5). L. 5. C. de servitut (III. 34.) — L. 1. pr. и L. 3. § 11. D. uti possid. (XLIII. 17).

b) Подтвержденіе этого можно найти, напр. въ L. 32. § 2. D. de usur. (XXII. 1). L. 26. D. de legat. III. (XXXII) и L. 114. D. de verb. oblig. (XLV. 1).

временнымъ владѣльцемъ [c]) и т. д. — Но всѣ описанные виды юридическаго принужденія вовсе непримѣнимы къ нѣкоторымъ правонарушеніямъ и притомъ къ наиболѣе значительнымъ, когда они уже приведены къ окончанію, напр., къ смертоубійству, нанесенію опасныхъ ранъ и т. п. собственно по невознаградимости причиненнаго ими вреда; да и вообще недостаточны для совершеннаго обезпеченія юридическаго порядка въ государствѣ противъ всѣхъ возможныхъ нарушеній его. Потому, чтобы достигнуть этой цѣли и, даже ради идеи справедливости, для восполненія и усиленія означенныхъ видовъ юридическаго принужденія, необходимо еще другое средство противодѣйствовать правонарушеніямъ и возстановлять нарушенный юридическій порядокъ. Средство это состоитъ въ примѣненіи права наказанія, присущаго государственной власти, т. е. или только въ угрозѣ, или въ дѣйствительномъ наказаніи за нарушенія правъ и юридическаго порядка. Ближайшему обсужденію всѣхъ этихъ условій мѣсто, конечно, не здѣсь, а въ естественномъ государственномъ правѣ и собственно въ ученіи о значеніи юстиціи.

Кругъ: ibid. § 61. Пр. 3. для такихъ оскорбленій, «гдѣ нельзя воспользоваться принужденіемъ ни въ формѣ права на предупрежденіе, ни въ формѣ права на возстановленіе,» напр., въ случаѣ насильственнаго поврежденія тѣла, признаетъ за обиженнымъ право возмездія, т. е. право платить оскорбителю тѣмъ же. Законы двѣнадцати таблицъ, въ случаѣ membrum ruptum, приписывали оскорбленному talio, какъ такое право, осуществить которое онъ долженъ былъ самъ; ср. Gellius N. A. XX. c. 1. § 14—18. и 33—38 и Gaj. Inst. III. § 223; также Цицеронъ: Top. c. 23 приводитъ «ulciscendi jus», какъ право, обоснованное на естественной справедливости (aequitas). Возмездіе, предполагая уже соверш-

---

c) И это признано въ Римскомъ правѣ, напр. въ L. 13. D. de rei vindicat. (VI. 1). L. 8. § 1. D. de condict. furt. (XIII. 1.) L. 8. § 6. D. de precar. (XLIII 26).

шееся положительное правонарушеніе, очевидно не можетъ ни воспрепятствовать совершенію его, ни отклонить его; тѣмъ менѣе ведетъ оно къ уничтоженію вреда и къ вознагражденію за ущербъ, причиненный оскорбленному; почему прямая и ближайшая цѣль юридическаго принужденія не достигается путемъ возмездія. На этомъ основаніи самое принужденіе, имѣющее цѣлью воздаяніе, нельзя причислить къ средствамъ, охраняющимъ права и необходимо допускаемымъ по идеѣ права, по крайней мѣрѣ гражданскаго. Ср. также Гросъ: Lehrb. d. philos. Rechtswiss. § 107 Не смотря на то, воздаяніе, будучи необходимо по идеѣ справедливости, тѣсно связано съ юридическимъ основаніемъ наказанія и есть одно изъ главныхъ условій для обоснованія самаго права наказанія (Strafrecht), принадлежащаго государственной власти. Сверхъ того, во взаимныхъ сношеніяхъ различныхъ, другъ отъ друга независимыхъ народовъ, гдѣ собственно и примѣняется право наказанія,—и тамъ при совершеніи какого-либо неправа, слѣдствія послѣдняго, противорѣча идеѣ справедливости, должны быть уничтожены. Потому оскорбленный народъ можетъ самъ воспользоваться присущимъ ему правомъ охраненія въ формѣ возмездія, но только случайно (eventuell), т. е. если другіе виды юридическаго принужденія или неумѣстны, или недостаточны.

§ 68.

Прекращеніе правъ и юридическихъ обязанностей.

Прекращеніе какъ права, такъ и юридической обязанности предполагаетъ особенное основаніе, по которому уничтожается возможность дальнѣйшаго существованія извѣстнаго права или извѣстной обязанности въ лицѣ прежняго субъекта, или въ лицѣ вступившаго въ обязательныя отношенія. Если каждому праву съ одной стороны соотвѣтствуетъ юридическая обязанность съ другой, какъ его необходимое слѣдствіе (§ 6.), то очевидно, что съ прекращеніемъ права должна прекратиться и соотвѣтствующая ему обязанность. И обратно: съ прекращеніемъ особенной юридической обязанности уничтожается и соотвѣтствующее ей право. Но если юридическая обязанность, касающаяся многихъ лицъ или по природѣ своей общая (§ 49.), прекращается только для одного изъ числа обязанныхъ, напр., вслѣдствіе его смерти, то это нисколько не препятствуетъ существованію права, которому соотвѣтствуетъ подобная обязанность; ибо за исключеніемъ одного лица остались другіе, съ которыхъ обязанность вовсе не снимается. Прекращеніе права можетъ быть также названо утратою, а уничтоженіе юридической обязанности, — освобожденіемъ. Право можетъ быть утрачено какъ безъ согласія, такъ и съ согласія уполномоченнаго субъекта, а потому утрата правъ бываетъ или необходимая, или добровольная. Напротивъ, юридическая обязанность обыкновенно не можетъ уничтожиться только по волѣ обязавшагося, за исключеніемъ того случая, когда она является такою, что изъ нея всегда можно выйти произвольно. Юридическая же обязанность утрачиваетъ силу, когда она уже вполнѣ исполнена, или если не можетъ быть исполнена; равно тогда, когда самъ субъектъ разрѣшаетъ обязавшагося отъ исполненія лежащей на немъ обязанности, подъ условіемъ, что природа послѣдней допускаетъ освобожденіе. Замѣтимъ, что существуютъ обязанности, неисполненіе которыхъ не можетъ разрѣшить и субъектъ права; таковы юридическія обязанности, соотвѣтствующія неотчуждаемымъ правамъ другихъ (§ 44. Nr. 2.), или тѣ, освобожденіе отъ которыхъ благопріятствуетъ дѣйствіямъ безнравственнымъ и противнымъ праву; напр. освобожденіе отъ супружеской вѣрности [a]).

---

§ 68. а) Другіе подобные примѣры находятся въ L. 27. § 3 и 4. D. de pact. (II 14). L. 17. pr. D. commodat. (XIII. 6). L. 1. § 7. D. depos. (XVI. 3) и L. 23. D. de regul jur. (L. 17.) (verb. «excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur.»)

§ 69.

Необходимая утрата права появляется вмѣстѣ съ уничтоженіемъ главнаго условія, съ которымъ тѣсно связано его существованіе; при этомъ дальнѣйшее пользованіе правомъ становится невозможнымъ, или по физическимъ законамъ, или по основнымъ положеніямъ права. Это бываетъ, напр. тогда, когда предметъ, на который человѣкъ имѣлъ право, совершенно погибаетъ, или когда субъектъ права умираетъ. Право вообще находитъ примѣненіе только во внѣшнемъ мірѣ, между существами разумными и одаренными свободною волею, касаясь ихъ взаимныхъ отношеній и чисто внѣшнихъ столкновеній (§ 4 и 5.). Человѣкъ же, умирая, разомъ выдѣляется изъ всѣхъ этихъ отношеній и перестаетъ быть лицомъ видимаго міра; потому-то по естественному юридическому принципу [a]) вмѣстѣ съ смертію субъекта необходимо погасаютъ всѣ его права [b]). То же самое можно сказать и объ юридическихъ обязанностяхъ или обязательствахъ (§ 7). Такъ какъ съ уничтоженіемъ особеннаго обязательства, соотвѣтствующее ему право теряетъ силу (§ 68), то отсюда слѣдуетъ, что по тому же естественному юридическому принципу вмѣстѣ съ смертью обязавшагося лица необходимо угасаютъ всѣ права, касавшіяся только его, слѣдовательно право иска противъ него и права на его лицо (§ 46. Nr. 3 и 4). Кромѣ того необходимая

§ 69. a) Положительныя права, конечно, отклоняются отъ этого начала, принимая тотъ или другой порядокъ наслѣдованія. Ср. § 75.

b) Кантъ въ св. Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 136. seq. исключаетъ естественное право человѣка на доброе имя, будто оно продолжаетъ существовать и дѣйствовать даже по смерти субъекта. По мнѣнію Рёдера въ его Grundz. d. Naturr. стр. 37 и 148 вмѣстѣ съ смертью необходимо прекращаются только тѣ права «которыя служатъ не болѣе, какъ средствомъ къ удовлетворенію потребностей земной жизни», а не «права, связанныя съ духовными цѣлями, — интеллектуальными или моральными.»

утрата правъ можетъ быть слѣдствіемъ и другихъ измѣненій; напримѣръ, если въ субъектѣ права, или въ лицѣ обязавшагося, или въ предметѣ извѣстнаго права уничтожается существенное качество или другое какое-либо условіе, безъ котораго самое право существовать не можетъ; равно, если проходитъ срокъ, которымъ право ограничено по своей особенной природѣ и по способу пріобрѣтенія [c]); также если вполнѣ исполнено то, что составляетъ содержаніе и предметъ особеннаго обязательства и соотвѣтствующаго ему исковаго права. — Если же субъектъ утрачиваетъ извѣстное право или объектъ его противъ своего желанія, вслѣдствіе противоправоваго дѣйствія со стороны другаго, то вступаютъ въ силу юридическія послѣдствія правонарушеній, приведенныя въ § 61; при этомъ виновникъ правонарушенія можетъ подвергнуться необходимой утратѣ, если лишается какого-нибудь права именно вслѣдствіе своего образа дѣйствія. Ибо, предположивъ даже, что противоправовое дѣйствіе и было произведеніемъ его свободной воли, все-таки лишеніе присущаго ему права, какъ юридически необходимое слѣдствіе, не зависитъ болѣе отъ его воли. — Впрочемъ съ необходимой утратой правъ не должно смѣшивать тѣ случаи, гдѣ пользованіе дѣйствительно существующимъ правомъ, въ извѣстное время, противъ воли субъекта становится невозможнымъ только фактически, т. е. вслѣдствіе прившедшихъ обстоятельствъ (§ 55). Хотя подобные случаи въ дѣйствительномъ послѣдствіи и совпадаютъ съ необходимой утратой правъ, однако это бываетъ не всегда. Какъ скоро съ измѣненіемъ обстоятельствъ уничтожаются фактическія препятствія къ пользованію извѣстнымъ правомъ, послѣднему снова можно придать силу, чего нельзя сдѣлать, когда право утратилось или угасло.

c) Сюда принадлежитъ и тотъ случай, когда кто-либо, удѣливъ другому право только до востребованія, пользуется выговореннымъ условіемъ.

§ 70.

Добровольная утрата правъ состоитъ въ томъ, что субъектъ какимъ-нибудь дѣйствіемъ (Willenshandlung) отказывается отъ присущаго ему права. Подобное дѣйствіе необходимо для прекращенія права, пока пользованіе имъ еще возможно, равно для перехода его къ другому лицу [a]); въ противномъ случаѣ, присвоивать себѣ право, отъ котораго субъектъ не отказался, или препятствовать дальнѣйшему пользованію имъ значило бы совершать правонарушеніе и оскорблять субъектъ (§ 59). Лишить же другаго противъ его желанія извѣстнаго права, которымъ онъ могъ бы еще воспользоваться, можно только въ одномъ случаѣ, если онъ самъ нарушилъ право какимъ-либо противоправовымъ дѣйствіемъ (§ 69). — Самое дѣйствіе, въ силу котораго кто-либо добровольно отказывается отъ принадлежащаго ему права, называется вообще отчужденіемъ (Veräusserung). Послѣднее можетъ происходить различнымъ образомъ: право, отъ котораго субъектъ отказался или совершенно угасаетъ, не переходя въ юридическую область другаго, и тогда отчужденіе специально называется отреченіемъ (Entsagung), отступленіемъ (Verzichtleistung), оставленіемъ (Verlassung oder Dereliction); или право, оставленное субъектомъ, переходитъ въ область правъ другаго лица, которое принимаетъ его или въ той же самой формѣ, въ какой оно принадлежало лицу отчуждившему, или въ другой [b]), соотвѣтствующей цѣли заинтересованныхъ; въ такомъ случаѣ отчужденіе специально называется передачей (Ueberlassung), перенесеніемъ (Uebertragung) или уступкой (Abtretung). — Вообще всякій, способный къ дѣйствіямъ, самъ по себѣ всегда можетъ отчуждать свои права, на сколько это допускаетъ ихъ природа. Отчужденіе права, равно какъ пользованіе имъ или непользованіе, есть совершенно произвольный актъ, предпринимаемый субъектомъ въ предѣлахъ его свободы, т. е. актъ, совершенію котораго никто не долженъ препятствовать [c]). Если же субъектъ, отчуждая право, уничтожаетъ тѣмъ самымъ возможность исполнить лежащую на немъ особенную юридическую обязанность, то самое отчужденіе становится противоправнымъ, но только относительно, т. е. по отношенію къ тому, кому субъектъ обязанъ чѣмъ либо; въ такомъ случаѣ это то лицо и можетъ воспрепятствовать отчужденію, или, на сколько возможно, сдѣлать его недѣйствительнымъ [d]).—Существуютъ, конечно, и такія права, которыя не могутъ быть отчуждены; напр., всѣ первоначальныя или прирожденныя, по объему общія, т. е. общія человѣческія права (§ 44. Nr. 2.). Но и между особенными прирожденными, какъ и между пріобрѣтенными есть права, не допускающія отчужденія, именно если они связаны съ извѣстными обязанностями, сложить которыя нельзя произвольно (напр. права родителей); равно если эти обязанности не могутъ быть перенесены на другихъ, будучи тѣсно связаны съ лицомъ опредѣленнаго субъекта или по своей природѣ, т. е. вслѣдствіе извѣстныхъ личныхъ свойствъ и отношеній, необходимыхъ для исполненія ихъ, или въ силу какого-либо особеннаго условія, или же наконецъ по опредѣленію положительнаго пра-

§ 70. a) Это правило въ L. 11. D. de regul. jur. (L. 17) выражено такъ: «Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.»

b) Напр., если хозяинъ въ своей вещи удѣляетъ другому право повинности или право заклада.

c) Сюда относится положеніе римскаго права: «omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare.» L. 29. C. de pact. (II. 3.).

d) Если, напр., несостоятельный должникъ въ ущербъ кредиторамъ даритъ или расточаетъ свое имѣніе. Ср. tit. D. quae in fraud. creditor. facta sunt, ut restituantur. (XLII. 8).

ва [c]). Подобныя права обыкновенно называютъ въ высшей степени личными (höchstpersönliche) или вполнѣ личными (allerpersönlichste).—Гдѣ же ничто не препятствуетъ отчужденію права, тамъ оно можетъ имѣть юридическую силу даже тогда, когда послѣдуетъ не со стороны самого субъекта, а кого либо другаго, дѣйствующаго по довѣренности или съ согласія субъекта, равно и вслѣдствіе юридическаго представительства. Впрочемъ ни въ какомъ случаѣ посредствомъ отчужденія не можетъ перейти на другаго болѣе правъ, чѣмъ сколько имѣлъ самъ субъектъ [f]).

§ 71.

Общая характеристика договоровъ.

Самое важное и обширное по объему дѣйствіе, имѣющее цѣлью произвести измѣненіе въ правахъ, есть договоръ. По значительному объему этого рода сдѣлки слѣдуетъ уже въ общей части системы права упомянуть объ ней и привести ея характеристику, по крайней мѣрѣ, въ общихъ чертахъ; это значеніе выказывается частію въ области примѣненія, такъ какъ договоры могутъ имѣть мѣсто не только въ отношеніяхъ гражданскаго права, но и въ отношеніяхъ права государственнаго и международнаго, частію въ разнообразіи правъ, которыя могутъ быть опредѣлены договорами, и юридическихъ измѣненій, которыя могутъ быть произведены ими. Въ

e) Примѣры подобныхъ правъ, по опредѣленіямъ Римскаго права, находятся въ § 3. J. de usufr. (II. 4). L. 1. D. de servitut. (VIII. 1). L. 37. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3). L. 15. D. famil. ercisc. (X. 2), далѣе L. 196. D. de regul. jur (L. 17). L. 42. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7). L. 24 и 25. D. de re judicat (XLII. 1). L. 7. pr. D. de except. (XLIV. 1). L. 13. C. de excusat mun. (X. 47).

f) Это основное положеніе въ L. 54. D. de regul. jur (L. 17) выражено такъ: «Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.»

силу договора могутъ быть пріобрѣтены, измѣнены и уничтожены всевозможныя права не только исковыя, но и вещныя, даже права на собственное лицо и на другія лица (§ 46.); послѣднія, конечно, въ той мѣрѣ, въ какой они принадлежатъ къ правамъ пріобрѣтаемымъ, измѣняемымъ и отчуждаемымъ [a]). Договоръ собственно есть: согласное выраженіе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ на счетъ юридическаго отношенія, касающагося или ихъ самихъ, или представляемаго ими лица. Слѣдовательно договоръ основывается на согласованіи воли или соглашеніи заключающихъ его, которые должны выразить свое соглашеніе, т. е. заявить свою волю внѣшнимъ образомъ; ибо вообще воля человѣка можетъ имѣть юридическое значеніе только тогда, когда становится распознаваема внѣшнимъ образомъ. То́, что лица, заключая между собою договоръ, взаимно объявили какъ свою волю, и должно имѣть силу ихъ дѣйствительной воли; ибо иначе не мыслимъ юридическій оборотъ между людьми [b]). Далѣе, единодушное выраженіе воли, чтобы сдѣлаться договоромъ въ юридическомъ смыслѣ, должно быть направлено на юридическое отношеніе, т. е. на его возникновеніе, ближайшее опредѣленіе, измѣненіе или уничтоженіе [c]); подобное юридическое отно-

§ 71. a) Ср. Савиньи: Syst. d. heut. Röm. Rechts. III. стр. 309. seq.— Слишкомъ односторонне смотрятъ на дѣло тѣ, которые самый договоръ считаютъ возможнымъ только въ отношеніяхъ по обязательствамъ. Впрочемъ уже римское право дало поводъ къ этому одностороннему пониманію договоровъ. Ср. напр. L. 1. § 3 и 4. D. de pact. (II. 14). L. 20. D. de judic. (V. 1). L. 19. D. de verb. signif. (L. 16) и Theophil. Paraph. graec. Inst. III. 13. § 2.

b) Ср. Гросъ: Lehrb. d. philosoph. Rechtswiss. § 175 и Савиньи: ibid. стр. III. 258. seq.

c) Потому данное Ульпіаномъ въ L. 1. § 2. D. de pact. опредѣленіе: «est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus,» выходитъ далеко за предѣлы собственнаго договора; по неопредѣленному и многозначительному слову «placitum», оно примѣняется и къ тѣмъ случаямъ

шеніе должно касаться или самихъ договаривающихся, или такого лица, именемъ котораго они уполномочены дѣйствовать [d]).

Договоры называются также соглашеніями (Uebereinkünfte); слово это,—если уже оно должно быть употребляемо въ наукѣ права, — слѣдуетъ принимать въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, т. е. разумѣть подъ нимъ только соглашенія, направленныя на юридическое отношеніе, которое касается или самихъ заинтересованныхъ, или представляемаго ими лица. Есть соглашенія и другаго рода, которыя не имѣютъ цѣлью юридическое отношеніе и потому не могутъ быть названы договоромъ [e]).—Содержаніе юридическаго отношенія, поставленнаго цѣлью договора, т. е. то, что должно быть исполнено однимъ изъ заинтересованныхъ по отношенію къ другому, или же обоими взаимно, можетъ быть и положительнаго и отри-

---

соглашенія нѣсколькихъ лицъ, которые подходятъ къ понятію о договорѣ, напр., если двое или нѣсколько согласятся въ какомъ-либо ученомъ или научномъ положеніи (placitum). Также противно языку, принятому въ наукѣ права и соотвѣтствующему ея потребностямъ, желаетъ Эберти въ св. Versuchen auf dem Gebiete d. Naturrechts стр. 67. seq. приложить понятіе договора и къ другимъ соединеніямъ воли, не касающимся юридическихъ отношеній, напр. къ союзамъ дружбы и любви. Ср. также Савиньи. loc cit. III. стр. 308.

d) Этимъ требованіемъ и этимъ признакомъ отличается договоръ отъ другихъ случаевъ, гдѣ также можетъ представиться согласное выраженіе воли нѣсколькихъ касательно юридическаго отношенія, напр., если сочлены какого-либо суда соглашаются въ рѣшеніи предлежащаго юридическаго казуса (ср. Савиньи: idem, III. стр. 309); если члены общества единогласно рѣшаются на что-либо въ вопросѣ объ учрежденіи, обусловливающемъ юридическія отношенія въ обществѣ; если собраніе государственныхъ чиновъ соглашается на предложеніе закона, касающагося юридическихъ отношеній и т. д.—Подобные случаи уже потому не принадлежатъ къ договорамъ, что юридическое отношеніе, ради котораго нѣсколько лицъ единодушно выражаютъ свою волю, не касается ни ихъ самихъ, ни представляемаго ими лица.

e) Ср. Кругъ: Dikaeologie, въ прим. къ § 52. adf.

цательнаго свойства, и при томъ можетъ состоять не только изъ одного дѣйствія, но даже изъ цѣлаго ряда ихъ. — Нѣтъ также необходимости, чтобы договоръ непремѣнно относился къ будущимъ дѣйствіямъ или услугамъ, хотя обыкновенно это такъ. Содержаніе его можетъ составлять и настоящее дѣйствіе или настоящая услуга, такъ что осуществленіе того и другаго совпадаетъ съ моментомъ заключенія договора; напр., если кому передаютъ вещь, объясняя при томъ, что она приносится ему въ даръ [f]).

§ 72.

Единодушіе въ выраженіи воли, необходимое для понятія договора, состоитъ вообще изъ двухъ частей, совпаденіе которыхъ и производитъ соглашеніе. Первая часть,—выраженіе воли со стороны одного, касающееся дѣйствія по отношенію къ другому; оно называется обѣщаніемъ (Versprechen), если относится къ будущему дѣйствію. Вторая—признаніе этого выраженія воли съ другой стороны. Отсюда слѣдуетъ, что обѣщаніе, хотя и данное, но не принятое другой стороной, называемое Pollicitation [a]), не можетъ имѣть силу договора; равно предполагаемый договоръ не считается дѣйствительнымъ, пока кто-либо не объявилъ, что принимаетъ данное ему обѣщаніе, или пока не принялъ дѣйствія, предложеннаго ему безъ предварительнаго обѣщанія. Самое принятіе можетъ

---

f) Къ такимъ случаямъ не прилагается опредѣленіе, данное Гросомъ ibid. § 178: «договоръ есть единодушное выраженіе воли двухъ лицъ, въ силу котораго право на дѣйствіе передается однимъ другому;» равно и опредѣленіе Варнкёнига въ его Rechtsphilos. стр. 375: договоръ есть «принятое обѣщаніе», какъ и вообще всѣ ходячія опредѣленія договора большею частію неудовлетворительны. Объ опредѣленіяхъ Канта и Гегеля см. Савиньи id. III. стр. 318. seq.

§ 72. a) По примѣру Римскаго права, гдѣ pollicitatio есть «offerentis solius promissum» L. 3. pr. D. de pollicitat. (L. 12).

предшествовать обѣщанію въ формѣ запроса или предложенія [b]); въ такомъ случаѣ, если обѣщаніе воспослѣдуетъ, нѣтъ болѣе необходимости повторять свое согласіе. Отъ договоровъ слѣдуетъ отличать переговоры (Tractaten) въ собственномъ смыслѣ, т. е. взаимныя выраженія воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ о томъ, какъ и при какихъ условіяхъ желаютъ они заключить между собою договоръ. Трактаты, правда, служатъ для подготовленія договоровъ, но еще не содержатъ въ себѣ дѣйствительнаго единенія воль заинтересованныхъ лицъ [c]). Не смотря на то, на языкѣ дипломатіи обыкновенно употребляютъ выраженіе трактаты для означенія государственныхъ и международныхъ договоровъ.

Лица, дѣйствующія въ договорѣ, называются контрагентами, Paciscenten, заключающими договоръ (Vertragschliessende), или участниками договора (Vertragstheilhaber) [d]). Если договоръ касается дѣйствія въ будущемъ, то дающій обѣщаніе спеціально называется также обѣщателемъ (Promittent или Angelobende), а другой, которому обѣщаютъ что-либо,—принимателемъ (Promissar или Annehmer) [e]); напротивъ въ договорѣ, касающемся настоящаго

b) Важный и часто встрѣчающійся примѣръ подобнаго договора въ римскомъ правѣ есть stipulatio. Ср. Gaj. Inst. III. § 92. Paul. Sent. II. 3. § 1.—pr. J. de verbor. obligat. (III. 15. или 16). L. 5. § 1. D. eod. (XLV. 1). L. 1. § 7 и L. 52. § 2. D. de obligat. et act. (XLIV. 7).

c) Кантъ въ св Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 98. кажется, считаетъ переговоры (Tractaten) необходимыми для подготовки всякаго договора (Vertrag.)

d) Кругъ id. § 52 употребляетъ болѣе краткое выраженіе: Vertragende (договаривающіеся); не смотря на его грамматическую вѣрность, оно неупотребляется.

e) Послѣдняго Кругъ id. § 53 называетъ также: Erheischer (требователь), но и это выраженіе, кажется, употребляется мало; оно даже неудобно, напр. для означенія того случая, когда кто-либо, не требуя ничего прежде, принимаетъ добровольно данное ему обѣщаніе.

дѣйствія, одно изъ заинтересованныхъ лицъ называется давателемъ (Geber), другое,—получателемъ (Empfänger). Сколько бы ни-было этихъ лицъ при заключеніи договора, т. е. одинъ ли даватель (Promittent) и одинъ получатель (Promissar), или съ одной стороны нѣсколько, а съ другой одинъ, или съ обѣихъ въ одно и то же время по нѣскольку—это рѣшительно все равно, если не для послѣдствій, то для самаго понятія о договорѣ.

Возможно и даже часто случается, что каждый изъ контрагентовъ въ одно и то же время Promittent и Promissar, т. е. даватель и получатель, напр., когда одинъ обѣщаетъ другому или даетъ ему что-либо, а послѣдній въ свою очередь обѣщаетъ или даетъ ему что-нибудь другое.—Впрочемъ дальнѣйшее развитіе ученія о договорахъ уже по объему не можетъ найти мѣста въ общей части философіи права и будетъ изложено въ особенной. Такъ какъ договоры преимущественно связаны съ исковыми правами или обязательствами, и служатъ однимъ изъ главныхъ источниковъ ихъ происхожденія, то самое ученіе о договорахъ всего удобнѣе изложить въ томъ отдѣлѣ естественнаго частнаго (гражданскаго) права, гдѣ говорится объ исковыхъ правахъ.

ПРИЛОЖЕНІЕ КЪ ОБЩЕЙ ЧАСТИ.

О ДВУХЪ ИНСТИТУТАХЪ ПОЛОЖИТЕЛЬНАГО ПРАВА, КАСАЮЩИХСЯ ИЗМѢНЕНІЯ ВЪ ПРАВАХЪ, ИМЕННО: О ДАВНОСТИ И НАСЛѢДСТВЕННОМЪ ПРАВѢ.

§ 73.

Давность.

Давность вообще есть измѣненіе права, вытекающее или изъ пользованія какимъ-либо правомъ, или изъ неупотребленія его въ продолженіи извѣстнаго времени; она состоитъ въ пріобрѣтеніи и въ утратѣ права [a]). Итакъ, по своему значенію, давность бываетъ или пріобрѣтающая (erwerbende), — usucapio — или лишающая (aufhebende), — praescriptio, смотря потому, пріобрѣтается ли право вслѣдствіе пользованія имъ въ теченіи извѣстнаго времени, или же утрачивается вслѣдствіе продолжительнаго неприложенія его. Первая называется также Acquisitivverjährung или Ersitzung, т. е. пріобрѣтеніемъ по давности, если основывается на продолжительномъ владѣніи извѣстною вещью; вторая называется также прекращающею, погашающею

§ 73. a) О другихъ случаяхъ, гдѣ истеченіе извѣстнаго времени имѣетъ также вліяніе на юридическія отношенія, но тѣмъ не менѣе не подходящихъ къ понятію давности, см. Унтергольцнера Verjährungslehre. I. § 1.

(erlöschende и вѣрнѣе löschende) [b]), или Exstinctivverjährung [c]). По естественному праву нѣтъ давности, не только потому, что ни изъ одного юридическаго принципа нельзя вывести опредѣленія необходимаго для нея пространства времени, но и потому, что вообще она не обоснована въ существѣ права. Что касается до пріобрѣтающей давности, замѣтимъ, что по общимъ юридическимъ положеніямъ пользованіе какимъ-либо правомъ дозволено только тогда, когда субъектъ дѣйствительно имѣетъ это право, или когда онъ уполномоченъ пользоваться имъ за другаго, кому оно принадлежитъ (§ 55). Въ противномъ случаѣ право, о которомъ идетъ рѣчь, есть только мнимое или присвоенное, и пользованіе имъ само въ

b) По замѣчанію Унтергольцнера id. § 2 прим. 6.

c) Противъ общаго понятія давности, равно и противъ подраздѣленія ея на пріобрѣтающую и лишающую возстаетъ Савиньи: Syst. d. heut. Röm. Rechts. IV. стр. 299 и 309.—Онъ говоритъ, что и то, и другое основано на произвольномъ отвлеченіи, съ помощью котораго два института Римскаго права, ограниченные только извѣстными правами, именно usucapio и исковую давность (Klagverjährung), возвели на степень общихъ понятій. Подобное отвлеченіе, по его мнѣнію, имѣло во многихъ отношеніяхъ вредныя послѣдствія. Но если придерживаться одного положенія, что давность съ ея двумя различными направленіями слѣдуетъ прилагать только къ тѣмъ случаямъ и отношеніямъ, для которыхъ она введена и ясно признана въ положительномъ правѣ (см. приб. къ § 74), — очевидно, уничтожается опасность отъ возможнаго злоупотребленія въ примѣненіи этого понятія. Съ другой стороны несомнѣнна чисто научная потребность имѣть общія понятія и выраженія какъ вообще для различныхъ случаевъ, гдѣ при извѣстныхъ условіяхъ исходъ опредѣленнаго времени производитъ юридическое измѣненіе, такъ и для различныхъ видовъ послѣдняго, т. е. для пріобрѣтенія и утраты права. Выраженія же: usucapio (въ смыслѣ Римскаго права) и исковая давность (Klagverjährung), хотя и означаютъ оба наиболѣе важные вида давности, однако ни въ какомъ случаѣ недостаточны, чтобы обнять всѣ ея случаи, напр. упомянутую въ L. 1. D. de nund. (L. 11.) утрату ярморочныхъ льготъ (nundinae) вслѣдствіе десятилѣтняго неиспользованія ими.

себѣ содержитъ неправо [d]). Если же субъектъ находится in bona fide, т. е. добросовѣстно, хотя и ошибочно думаетъ, что онъ на то имѣетъ право, то субъективно онъ не виноватъ; но съ объективной точки зрѣнія все-таки не уничтожается неправо, лежащее въ незаконномъ владѣніи чужою вещью или въ пользованіи чужимъ правомъ, такъ какъ одно субъективное мнѣніе не можетъ ничего измѣнить въ истинномъ положеніи вещей. По естественному же юридическому воззрѣнію, неправо для лица, совершившаго или еще совершающаго его, хотя бы и по заблужденію, не можетъ основать никакого права тѣмъ, что продолжится ненормальное состояніе (§ 52. Nr. 3). Здѣсь, само собою понятно, все равно, какъ долго продолжалось владѣніе и пользованіе, ибо неправо не можетъ стать правомъ только потому, что прошло извѣстное время [e]).

Что касается лишающей или погашающей давности, то замѣтимъ, что въ непользованіи правомъ нѣтъ еще юридическаго основанія къ утратѣ его, ибо оно, какъ и пользованіе зависитъ отъ доброй воли субъекта (§. 55). Напротивъ, въ силу права, утрата его, если только она не есть слѣдствіе физической или юридической необходимости, требуетъ необходимаго условія—отчужденія (§ 70). Послѣднее же можетъ имѣть силу только вслѣдствіе опредѣленнаго, къ тому направленнаго дѣйствія со стороны субъекта, и, слѣдовательно, не можетъ быть выведено изъ простаго непользованія правомъ, въ основаніи котораго могутъ лежать и другія раз-

d) Одинъ изъ видовъ пріобрѣтенія по давности, именно древнюю usucapio pro herede самъ Гай. Inst. II. § 55 называетъ «improba possessio et usucapio».

e) Это признаетъ и Римское право въ положеніи: «Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere», L. 29. D. de regul. jur. (L. 17). Нѣмецкая юридическая пословица говоритъ: «Ein Jahr böse, hundert Jahr böse». — Ср. Эйзенхартъ: Deutsch. Recht in Sprüchw. Отд. 3. N. XXVI. и XXVII.

личныя причины [f]). И здѣсь количество времени, т. е. сколько длилось непользованіе, не можетъ измѣнить истиннаго положенія вещей и, слѣдовательно, не можетъ уничтожить дѣйствительно существующаго права [g]).

§ 74.

Не смотря на то, по причинамъ политическимъ нельзя не защитить давность, какъ цѣлесообразный институтъ положительнаго права. Она способствуетъ укрѣпленію и обезпеченію юридическихъ отношеній (преимущественно касающихся собственности и огражденія противъ исковыхъ требованій) и даетъ возможность положить предѣлъ возникающимъ отсюда спорамъ [a]). Даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ право уже дѣйствительно пріобрѣтено, или гдѣ долговое отношеніе уже дѣйствительно уничтожено, но нѣтъ къ тому ясныхъ доводовъ, цѣль эта можетъ быть

f) Основаніе, которое Юстиніанъ въ L. 3. in f. C. de annal. except. (VII. 40) приводитъ въ оправданіе исковой давности: «. . . . cum contra desides homines et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt,» не всегда оказывается вѣрнымъ.

g) Юстиніанъ самъ въ Nov. 9 возраженіе на давность, направленную противъ правъ и требованій церквей, если только она обнимаетъ пространство времени не менѣе 100 лѣтъ, называетъ «impium praesidium» и «improba temporis allegatio.»

§ 74. a) Потому уже у Цицерона: pro Caecina c. 26. usucapio называется «finis sollicitudinis ac periculi litium», и римскіе юристы очевидно выдвигаютъ ту же самую цѣль, частію въ usucapio, L. 1. D. de usurpat. (XLI. 3). «Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.» L. 5. pr. D. pro suo (XLI. 10). «Usucapio rerum . . . . constituta est, ut aliquis litium finis esset,» частію въ такъ называемой незапамятной давности L. 2. pr. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3). « . . . . vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa». Ср. также Унтергольцнеръ: loc. cit. I. § 27.

достигнута давностью въ той мѣрѣ, въ какой она замѣняетъ недостающее доказательство [b]). Пріобрѣтеніе по давности имѣетъ благопріятное вліяніе и на юридическій оборотъ, вполнѣ обезпечивая извѣстному лицу по истеченіи опредѣленнаго закономъ времени то, что онъ пріобрѣлъ на правомѣрномъ основаніи и bona fide (добросовѣстно), хотя и не отъ собственника.

Особенныя причины лежатъ въ основаніи давности для наказанія преступленій, принятой въ положительныхъ правахъ. О ней болѣе подробно слѣдуетъ говорить въ естественномъ государственномъ правѣ, именно въ ученіи о наказаніяхъ за преступленія.

Спорный вопросъ: есть ли давность институтъ естественнаго права или положительнаго? чрезвычайно важенъ для ея примѣненія въ жизни. Въ первомъ случаѣ слѣдовало бы давность прилагать ко всѣмъ пріобрѣтаемымъ и отчуждаемымъ правамъ; напротивъ вовторомъ она должна ограничиваться только тѣми, для которыхъ она ясно принята и признана положительнымъ правомъ.

Относительно usucapio въ источникахъ Римскаго права сказано опредѣленно, что она есть институтъ, свойственный этому праву, Gaj. Inst. II. § 65. «.... usucapionis jus proprium est civium Romanorum,» § 6. in f. J. de usu (II. 5.) и pr. J. de usucap. (II. 6.); и относительно другихъ видовъ давности въ Римскомъ правѣ нѣтъ слѣдовъ, по которымъ можно бы было сказать, что ее относили къ jus naturale или gentium; скорѣе Теофилъ, Paraphras. gr. Inst. II. 9. § 6. рядомъ съ usucapio ясно причисляетъ и longi temporis possessio (ἡ χρονία νομή) къ законнымъ видамъ пріобрѣтенія (ἔννομοι κτήσεις).

Не смотря на то, изъ новѣйшихъ писателей по части философіи права, многіе желаютъ выводить давность или вообще, или только въ извѣстныхъ отношеніяхъ изъ естественнаго права, напр. Кантъ въ св. Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. с. 131. seq. и 172. seq., Гегель въ св. Naturr. § 64, Шталь въ св. Philos. d. Rechts. II. 1. стр. 291, (который при томъ утверждаетъ, что давность

b) Ср. Савиньи: id. IV. стр. 306. seq.

«коренится глубоко въ существѣ права») и Аренсъ въ св. Rechtsphilos. стр. 306 (онъ, хотя и согласенъ, что давность введена положительными законами, но полагаетъ, что она основывается «на какомъ-нибудь особенномъ юридическомъ принципѣ»).

§ 75.

Наслѣдственное право.

Въ положительныхъ правахъ въ отличіе отъ естественнаго права (§ 69), смерть лица не влечетъ за собою погашенія всѣхъ его правъ и обязательствъ; обыкновенно и имущественныя права (§ 46.), и обязательства по имуществу отъ умершаго переходятъ къ его наслѣдникамъ, такъ что послѣдніе активнымъ и пассивнымъ образомъ вступаютъ во всѣ юридическія отношенія умершаго, касающіяся имущества (за исключеніемъ въ высшей степени личныхъ [a]). Право наслѣдованія въ частномъ смыслѣ, т. е. исключительное право извѣстныхъ лицъ вступать въ имущественныя отношенія умершаго [b]), по положительному праву, основывается или на договорѣ, по которому завѣщатель удѣлилъ кому-либо исключительное право на пріобрѣтеніе своего будущаго наслѣдства (право наслѣдства по договору); или на завѣщаніи, т. е. одностороннемъ распоряженіи послѣдней воли завѣщателя, гдѣ онъ назначилъ одного или нѣсколькихъ лицъ наслѣдниками своего будущаго наслѣдства (право наслѣдованія по завѣщанію); или непосредственно на законномъ постановленіи, въ силу котораго, за неимѣніемъ дѣйствительнаго выраженія воли завѣщателя, извѣстные родствен-

§ 75. a) L. 3. pr. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1).

b) L. 24. D. de verb. signif. (L. 16). «Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus, qnod defunctus habuit.» L. 37. D. de acquir. heredit. (XXIX. 2). «Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.»

ники умершаго вызываются къ наслѣдованію (право наслѣдства безъ завѣщанія или по закону,—ab intestato).

По естественному же юридическому воззрѣнію, ни изъ одного изъ этихъ основаній нельзя вывести права наслѣдованія, хотя многіе признаютъ прямо противоположное. Какъ договоры о наслѣдствѣ, такъ и завѣщанія или другія распоряженія послѣдней воли, касающіяся отдѣльныхъ составныхъ частей имущества или правъ (Legate и Fideicommisse), не могутъ имѣть значенія, потому что они должны вступить въ силу только тогда, когда виновникъ подобнаго распоряженія, сдѣланнаго для блага другаго, уже пересталъ существовать въ видимомъ мірѣ, какъ лицо, и когда вмѣстѣ съ тѣмъ уже погасло его право располагать своимъ имуществомъ (§ 69). А по общему основному юридическому положенію, субъектъ можетъ распоряжаться своимъ правомъ только на то время, пока самъ будетъ имѣть его, но не далѣе (§ 55).—Въ наслѣдственныхъ договорахъ, для ихъ значенія ничего не можетъ прибавить и то обстоятельство, что они содержатъ въ себѣ не просто одностороннее выраженіе воли, какъ завѣщанія, а какъ бы взаимное, двустороннее. И вотъ почему промиссаръ, принявъ отъ другаго обѣщаніе отдать ему наслѣдство, пріобрѣтаетъ только одно право: требовать исполненія обѣщанія по смерти промиттента; а тогда, очевидно, не доставало бы именно тотъ субъекта, противъ котораго онъ могъ бы придать силу исковому праву.

Но то, что по естественному праву не удовлетворяется завѣщаніемъ или наслѣдственнымъ договоромъ, по тому же праву, по крайней мѣрѣ, касательно имущественныхъ объектовъ достигается другимъ образомъ, именно: кто-либо при жизни даритъ другому свое имущество и дѣлаетъ его немедленно владѣльцемъ, а за собой удерживаетъ пожизненное пользованіе [c]). Этимъ путемъ право собственности на подаренное имущество, пріобрѣтенное даропринимателемъ при жизни дарителя, по смерти послѣдняго остается у принявшаго даръ [d]); притомъ удержанное дарителемъ право пользованія, угасающее вмѣстѣ съ его смертью, снова превращается въ право собственности, и переходитъ къ принявшему даръ.

Уже Римляне, кажется, признавали, что право завѣщать, да и самая сила завѣщаній зависятъ отъ государственной власти, и слѣдовательно основываются единственно на опредѣленіяхъ и институтахъ положительнаго права. Это можно видѣть частію уже изъ древнѣйшаго способа составленія завѣщаній въ комиціяхъ (Gaj. Inst. II. § 101), частію изъ необходимости (по крайней мѣрѣ правомѣрной) имѣть гражданство для составленія завѣщанія: Ulp. Fr. XX. § 14. и 16. и L. 8. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1), наконецъ изъ положенія, имѣющаго силу и въ новѣйшемъ Римскомъ правѣ: «Testamenti factio non privati, sed publici juris est.» L. 3. D. eod.—Между писателями въ области философіи права, многіе придерживаются прямо противоположнаго мнѣнія, напр. Гроцій: de jure belli ac pac. II. 6. § 14., Лейбницъ: въ Nova method. discendae docendaeque jurisprud. P. II. § 20; Кантъ въ св. Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 135. seq. и 175. seq. Гегель въ св. Naturr. § 179. и 180 (который однако допускаетъ завѣщанія только ограниченнымъ образомъ, а съ точки зрѣнія нравственной скорѣе объявляетъ себя противъ нихъ, чѣмъ за), Шталь въ св. Philos. d. Rechts. II. 1. стр. 501. seq., Аренсъ въ св. Rechtsphilos. стр. 355. seq. и 601. seq. и Рöдеръ: id. стр. 148. seq. и 304 seq.

§ 76.

Что касается до наслѣдованія законнаго или по закону, то замѣтимъ, что, оставивъ въ сторонѣ связанныя съ

c) Кругъ въ св. Dikaeologie § 47. прим. 2. говоритъ также о подобномъ случаѣ; но онъ неудачно означаетъ это юридическое отношеніе, «какъ видъ общей собственности».

d) Этимъ устраняется возраженіе Рöдера въ его Grundz. d. Naturr. стр. 149. прим. *), который ссылается на Фриса.

нимъ побужденія справедливости (§ 77), его можно было бы считать основаннымъ на естественномъ праве только въ одномъ случаѣ, если бы въ послѣднемъ дѣйствительно былъ принципъ, изъ котораго съ юридической необходимостью вытекало бы, не только что извѣстнымъ родственникамъ умершаго, но и какимъ именно изъ нихъ принадлежитъ исключительное право на наслѣдство. Въ естественномъ же правѣ такого принципа нѣтъ. Хотя право это и признаетъ, что между ближайшими членами семьи, именно между супругами, родителями и дѣтьми существуетъ отношеніе съ юридическими слѣдствіями, но послѣднее само по себѣ, т. е., если не привходятъ особенныя опредѣленія воли или положительныя предписанія права, касается только лица названныхъ членовъ семьи, не обосновывая въ то же время общности имущества или какого-либо опредѣленнаго права на имущество на будущее время; притомъ, какъ каждое юридическое отношеніе, оно ограничивается только временемъ жизни самыхъ лицъ, — по смерти же ихъ не ведетъ за собою никакихъ юридическихъ слѣдствій.

Римскіе юристы право дѣтей наслѣдовать по закону по отношенію къ родителямъ считали естественнымъ правомъ: L. 7. pr. D. de bon. damnat. (XLVIII. 20). L. 4. D. si tab. testam. null. extab. unde lib. (XXXVIII. 6); напротивъ наслѣдственное право родителей по отношенію къ дѣтямъ сводили къ состраданію и уваженію (pietas). L. 7. § 1 D. eod. и L. 15. pr. D. de inoffic. testam. (V. 2). Что касается прочихъ когнатовъ, гдѣ искали они основаніе для ихъ преторскаго права наслѣдства по закону, въ естественномъ ли правѣ, или только въ естественной справедливости? рѣшить положительно невозможно по разнообразнымъ значеніямъ употребляемаго ими въ L. 2. D. unde cogn. (XXXVIII. 8) выраженія «naturali aequitate»; выраженіе это иногда употребляется и въ институтахъ положительнаго права, дабы мотивировать ихъ ссылкой на естественныя отношенія и справедливость, напр., L. 1. pr. D. de. minor. (IV. 4.) L. 1. pr. D. de legat. praestand. (XXXVII. 5). Вѣрно то, что римскіе юристы не могли и думать о выводѣ гражданскаго наслѣдственнаго права по закону изъ естественнаго, такъ какъ оно первоначально (т. е. не обращая вниманія на позднѣйшія измѣненія) основывалось на agnatio (Agnation), слѣдовательно на гражданскомъ юридическомъ родствѣ; хотя и здѣсь въ извѣстномъ случаѣ въ L. 1. § 4. D. de suis. et legit. hered. (XXXVIII. 16.) встрѣчается ссылка на naturalis aequitas.—Между писателями по философіи права, мнѣнія о происхожденіи наслѣдственнаго права по закону какъ-то раздѣлились. Кантъ, напр., отрицаетъ происхожденіе его изъ естественнаго права, сказавъ мимоходомъ слѣдующее: (ib. стр. 134): «такъ какъ наслѣдованіе безъ завѣщанія (dispositio ultimae voluntatis) не мыслимо въ естественномъ состояніи»; и Кругъ, id. § 47 и Гросъ въ св. Lehrb. d. philos. Rechtswiss. § 171 вообще не признаютъ права наслѣдованія по естественному праву; съ другой стороны, многіе напротивъ разсматриваютъ право наслѣдства по закону то въ болѣе ограниченномъ, то въ болѣе обширномъ объемѣ, какъ слѣдствіе права самаго по себѣ или естественнаго права, напр. Гроцій: id. II. 7. § 3. 5. 9 и 10; Лейбницъ, id. Гегель, loc. cit. § 178 (съ его взглядомъ на существо наслѣдственнаго законнаго права согласенъ и Рöдеръ, ibid. стр. 296 и 298 въ той мѣрѣ, въ какой оба считаютъ имущество одного члена семьи за имущество, общее всей семьѣ); Шталь, ib. стр. 499. seq. (который впрочемъ въ наслѣдственномъ правѣ по закону оставляетъ совершенно безъ вниманія супруговъ) и Аренсъ ibid. стр. 604 seq.

§ 77.

Хотя такимъ образомъ, по причинамъ, изложеннымъ въ § 75 и 76, наслѣдственное право не можетъ быть выведено изъ естественнаго права, однако нельзя не признать, что введеніе его положительными правами, по крайней мѣрѣ относительно права наслѣдственнаго по завѣщанію и по закону [a]), основывается на очень важныхъ причинахъ полити-

§ 77. a) Право наслѣдства по договору имѣетъ много уважительныхъ возраженій противъ себя, ср. Гуго, Lehrb. d. Naturr. § 313. и Рö-

ческихъ, нравственныхъ и даже справедливости b)); нельзя также не признать, что этотъ юридическій институтъ ведетъ къ отстраненію различныхъ золъ, которыя иначе имѣли бы мѣсто.—Безъ наслѣдственнаго права имущество, оставленное умершимъ, сдѣлалось бы безхозяйнымъ добромъ c)) и, какъ таковое, могло бы быть занято каждымъ d)). При этомъ, если нѣсколько или даже многіе въ одно и то же время желали бы конфисковать и присвоить себѣ вещи, оставленныя умершимъ, легко могутъ возникнуть между ними споры и даже насиліе; уже для предупрежденія этого зла, полезно, чтобы еще при жизни человѣка или выраженіемъ его воли, или закономъ были бы опредѣлены тѣ лица, кото-

деръ: ibid. § 98. почему оно и въ Римскомъ правѣ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, не признается имѣющимъ силу. L. 61. D. de verb. obligat. (XLV. 1). L. 15. 19. и 30. C. de pact. (II. 3). L. 5. C. de pact. convent. etc. (V. 14). L. 4. C. de inutil. stipulat. (VIII. 39); хотя въ германскомъ правѣ наслѣдственные договоры занимаютъ даже первое мѣсто въ ряду причинъ, вызывающихъ право наслѣдства. — Послѣдователи Сен-Симонизма отвергаютъ всякое наслѣдственное право, какъ несправедливое. Ср. Варнкёнига въ его Rechtsphilos. стр. 343. seq.

b) Слишкомъ односторонне желаетъ Эберти въ св. Versuchen auf d. Gebiete d. Naturr. стр. 143—148 возвести наслѣдственное право только къ нравственному базису; вопросъ же объ его существованіи считаетъ «политически совершенно безразличнымъ (Adiaphoron)». — Рёдеръ id. § 95 пытается основать «право наслѣдства на вещное имущество на удовлетвореніи дѣйствительныхъ потребностей жизни», которыя онъ снова подраздѣляетъ на собственныя потребности завѣщателя и потребности другихъ или цѣлаго.

c) Естественное право не даетъ никакого основанія, чтобы частное имущество при смерти владѣльца превращалось въ государственное имущество, какъ это нерѣдко случается въ восточныхъ государствахъ; ср. Савиньи Syst. d. heut. Röm. Rechts, I. стр. 382; но нельзя не одобрить введеніе налоговъ съ наслѣдства ради общественныхъ интересовъ. Ср. Гуго id. § 297. стр. 432; Аренсъ id. стр. 520 и Варнкёнигъ id. стр. 348.

d) Нѣчто подобное встрѣчается въ Римскомъ правѣ въ possessio et usucapio pro herede. Gaj. Inst. II. § 52—56.

рыя по смерти его должны имѣть исключительное право вступить въ его юридическія отношенія e)). Далѣе, во многихъ случаяхъ для семейства умершаго, наслѣдственное право необходимо, дабы дать ему средства къ дальнѣйшему существованію; именно, если хозяинъ дома умираетъ, оставляя бѣдную вдову и непристроенныхъ дѣтей. Но, оставивъ въ сторонѣ даже и такіе случаи, уже естественная справедливость требуетъ, чтобы имущество, оставляемое кѣмъ-либо, по смерти доставалось тѣмъ, которые были всего ближе связаны съ нимъ въ жизни, слѣдовательно ближайшимъ членамъ семьи; особенно если имущество еще при жизни завѣщателя вліяло на цѣль и образъ ихъ жизни. Если же кто-либо яснымъ выраженіемъ воли на случай смерти распорядился своимъ имуществомъ, то это уже вызываетъ основанное на естественномъ и нравственномъ чувствѣ уваженіе къ волѣ умершаго, дабы и здѣсь его послѣдняя воля была бы почитаема и исполнена, если только она не содержитъ въ себѣ чего-либо неправаго или безнравственнаго f)). Иначе, если бы не было наслѣдственнаго права, то дѣятельность, направленная на пріобрѣтеніе, равно какъ (домашнее) хозяйство и бережливость людей лишились бы одного изъ главныхъ мотивовъ. Наконецъ наслѣдственное право значи-

e) Конечно, и при наслѣдственномъ правѣ можетъ существовать зло, именно, что тотъ, кто долженъ наслѣдовать другому, ожидаетъ его смерти. Ср. Гуго id. § 295. Уже и въ Римскомъ правѣ нерѣдко упоминается о возможной опасности, угрожающей жизни завѣщателя, если еще при жизни его извѣстенъ будущій наслѣдникъ, напр., Gaj. Inst. II. § 181. — § 3. J. de pupill. substitut. (II. 16). § 7. J. quod cum eo, qui in al. potest. est. (IV. 7) и Теофилъ L. 1. § 1. D. ubi pupill. educari deb. (XXVII. 2). L. 77. § 24. D. de legat. II. (XXXI). L. 30. C. de pact. (II. 3).

f) Съ другой стороны, конечно, съ нравственной же точки зрѣнія, можно возразить противъ допущенія завѣщаній. Ср. Гуго id. § 314 и Гегель id. въ прим. къ § 179 и 180.

тельно благопріятствуетъ юридическому обороту между людьми и необходимому для того довѣрію: кредиторы не теряютъ своихъ исковыхъ правъ по отношенію къ должнику въ случаѣ его смерти, что существовало бы безъ наслѣдственнаго права. Напротивъ даже въ случаѣ смерти могутъ они придать силу своему праву, обращаясь къ наслѣдникамъ.

Впрочемъ отъ обыкновеннаго порядка наслѣдованія, касающагося частнаго имущества умершаго и потому принадлежащаго къ частному праву (гражданскому), слѣдуетъ отличать другой порядокъ, который по положительнымъ государственнымъ постановленіямъ является въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ публичнаго права; таково въ особенности престолонаслѣдіе, имѣющее особенное основаніе. — Болѣе подробно о немъ будемъ говорить въ государственномъ правѣ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

Объ основныхъ понятіяхъ естественнаго права, о существѣ этой науки и объ отношеніяхъ ея къ другимъ наукамъ, также объ ея значеніи и ея пользѣ.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ,

СОДЕРЖАЩАЯ ОБЩІЯ УЧЕНІЯ О ПРАВѢ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

О правѣ въ объективномъ смыслѣ.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

О правѣ въ смыслѣ субъективномъ и о юридической обязанности.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Субъектъ, содержаніе, объектъ и различные виды правъ и юридическихъ обязанностей.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Происхожденіе, приложеніе, коллизія, нарушеніе, охраненіе и прекращеніе правъ и юридическихъ обязанностей.

ПРИЛОЖЕНІЕ КЪ ОБЩЕЙ ЧАСТИ.

О двухъ институтахъ положительнаго права, касающихся измѣненія въ правахъ, именно: о давности и наслѣдственномъ правѣ.
